Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

ALBERT SCHMIDT

aus Koblenz

1939

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Obmann: Prof. Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Feine

2. Berichterstatter: Dozent Dr. Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Gestaltung des Aufsichtsrats als wichtiges Problem des Aktienrechts 1
§ 2. Geschichte und Notwendigkeit des Aufsichtsrats 3

Kapitel I.

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats.

§ 3. Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder 10
§ 4. Die persönlichen Eigenschaften der Aufsichtsratsmitglieder . . 12
§ 5. Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern 20
§ 6. Die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern 24
§ 7. Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern 28
§ 8. Die Bestellung des ersten Aufsichtsrats 30
§ 9. Die Amtsdauer der Aufsichtsratsmitglieder 32
1. Die Amtsdauer der gewählten Mitglieder 32
2. Die Amtsdauer der entsandten Mitglieder 36
3. Die Amtsdauer der gerichtlich bestellten Mitglieder . . 38
4. Die Amtsdauer der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats . . 38
§ 10. Die Kundgabe der Namen der Aufsichtsratsmitglieder . . . 40

Kapitel II.

Die innere Ordnung des Aufsichtsrats.

§ 11. Der Vorsitzer des Aufsichtsrats 47
§ 12. Die Beschlußfassung des Aufsichtsrats 50
§ 13. Die Aufsichtsratsausschüsse 53
§ 14. Die Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen 55

Kapitel III.

Die Aufgaben des Aufsichtsrats.

§ 15. Allgemeines 58
§ 16. Der Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan 60
§ 17. Die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei der Geschäftsführung . . 72
§ 18. Der Aufsichtsrat als Vertretungsorgan 77
1. Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten mit Vorstandsmitgliedern 77
2. Anfechtungsklagen gegen die Gesellschaft 80
3. Rechtsgeschäfte mit Sachverständigen 80
§ 19. Der Aufsichtsrat als beratendes und unterstützendes Organ . . 81

Kapitel IV.

Die Vergütung und die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder.

§ 20. Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder 84
§ 21. Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder 90

Schluß.

§ 22. Ausblick 95

Abkürzungen

AG = Aktiengesellschaft.
AGes = Aktiengesetz.
EGAGes = Einführungsgesetz zum AGes.
AcivPrax = Archiv für zivilistische Praxis.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.
DGWR = Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht.
Rechtspflege und Rechtspolitik, Ergänzungsblatt zur „Deutschen Justiz" auf dem Gebiete des Gemein- und Wirtschaftsrechts.
DJ = Deutsche Justiz.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
GS = Gerichtssaal.
HansRGZ = Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung.
HdR = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
HGB = Handelsgesetzbuch.
ADHGB = Altes Deutsches Handelsgesetzbuch.
*HRR = Höchstrichterliche Rechtsprechung.
JW = Juristische Wochenschrift.
KGJ = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
MinBliV = Ministerialblatt für Innere Verwaltung.
OR = Schweizerisches Obligationenrecht v. 16. XII. 1936.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RuPrMinBliV = Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern.
SJZ = Schweizerische Juristen-Zeitung. Revue Suisse de Jurisprudence.
ZAkad = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.
„Schlegelberger" bedeutet: Schlegelberger-Quassowski, Kommentar z. AGes.
„Passow" bedeutet: Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der Aktiengesellschaft. Jena 1907.
Paragraphenangaben ohne Zusatz bedeuten die §§ des AGes.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549608_0033

Schrifttum

Adreßbuch der Direktoren und Aufsichtsräte. Jahrgang 1937, Bd. 2. Berlin 1937.

Aktiengesetz mit amtlicher Begründung. München/Berlin 1937 (Verlag Beck).

Bauer, Der Aufsichtsrat. 1900, 4. Aufl. 1912.

Baumbach, Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 mit der Ersten Durchführungsverordnung vom 29. September 1937 sowie dem Umwandlungsgesetz und anderen Nebengesetzen. München und Berlin 1937. 2. Auflage. — Besprochen von J. v. Gierke in ZHR, 104. Jahrg. (1937), S. 222, von Würdinger im AcivPrax 144. Bd. (1937), S. 121, von Groschuff in JW 1937, S. 3296, von Heinichen in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1937, S. 390, von Gadow in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1938, S. 80 und von Ebbecke in ZAkad 5. Jahrg. (1938), S. 176.

Bender, Deutsches und englisches Aktienrecht. Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung. Berlin 1936. Marburger Diss. 1934.

Bengs, Reingewinn und Gewinnverteilung nach dem Aktiengesetz. JW 67. Jahrg. (1938), S. 709.

Bergmann, Aktienrecht und Führerprinzip. Leitsätze für eine Umgestaltung des Aktienrechts. DJZ 39, Jahrg. (1934), Sp. 371.

Boersch, Genießen Vorstandsmitglieder von AG und Geschäftsführer von G. m. b. H. das Lidlohnvorrecht des § 61, Ziffer 1 KO? ZHR 103 (1936/37), S. 339.

Boesebeck, Die „Entlastung" der Organe einer AG, G. m. b. H. oder Genossenschaft in neuer rechtlicher Betrachtung. ZAkad. 2. Jahrg. (1935), S. 675.

Bondi, Neue Wege des Aktienrechts. Wien und Leipzig 1933.

Bornemann, Société de fait und deutsche Aktiengesellschaft. Düsseldorf 1937. Göttinger Diss. 1935.

Bradtke, Deutsche Bergwerkszeitung v. 15. VIII. 35.

v. Breska, Zur Neugestaltung der Satzungen. Bankarchiv XXXVII. Jahrg. S. 156.

Brodmann, Aktienrecht. Kommentar. Berlin und Leipzig 1928.

— —, Die Sanierung unseres Aktienwesens. Berlin und Leipzig 1931.

Bruns, Das „Wesen der Aktiengesellschaft" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Minden 1936. Breslauer Diss. 1937.

Cahn*), Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Berlin und Leipzig 1907.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. Stuttgart 1930.

Cunio, Führerprinzip und Willensbildung im Aktienrecht. Leipzig 1935.

— —, Zum Inkrafttreten des neuen deutschen Aktiengesetzes am 1. Oktober 1937. HansRGZ 1937 A, S. 361.

Danielcik, Der Führergedanke und Aufsichtsratsfunktion im Aktienrecht. Die Deutsche Volkswirtschaft 1934, S. 657.

— —, Grundgedanken nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts. JW Jahrg. (1935), S. 329.

— —, Aktiengesetz. Berlin 1937. — Besprochen von Süß in „Der Wirtschaftstreuhänder", 7. Jahrg. (1938), S. 79.

Dietrich, Die Satzung der Aktiengesellschaft nach dem neuen Aktiengesetz. Leipzig 1937. — Besprochen in JW 1937, S. 2430.
— —, Rücklagebildung nach § 126, Abs. 3 Aktiengesetz und Gewinnbeteiligung am Gewinnvortrag. JW 67. Jahrg. (1938), S. 713.
Drechsler, Die rechtliche Stellung des Aktionärs in den Vereinigten Staaten von Nordamerika. ZHR 103. Jahrg. (1936), S. 222.
Düring, Die neuen Bestimmungen des Aktiengesetzes über die Berechnung von Vorstands- und Aufsichtsratstantiemen. Wirtschaftstreuhänder 1937, S. 337.
— —, Die Tantieme des Aufsichtsrats. Im Wirtschaftstreuhänder. 6. Jahrg. Nr. 18.
Düringer-Hachenburg*), Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig. 1932 ff.
Egger, Siegwart u. a., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band: Obligationenrecht. 2. Aufl. Zürich 1934/37.
Egger, Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts. 1925.
— —, Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten Schweizer Obligationenrecht vom 18. XII. 1936. Schweizerische Juristenzeitung Jahrg. 34 (1937/38), S. 1 ff., S. 21 ff. und S. 37 ff.
Ehrenfried, Das Aktienrecht Spaniens von seinen Anfängen bis zur Gegenwart. Kölner Diss. 1934.
Ermel, Die Sprache des neuen Deutschen Aktiengesetzes. Schweizerische Juristenzeitung, 33. Jahrg. (1936/37), S. 304.
Freiherr von Falkenhausen, Gedanken zur Aktienrechtsreform. Bankarchiv, 33. Jahrg. 1933/34, Nr. 6, S. 107.
— —, Das neue Aktienrecht. Bankarchiv 36. Jahrg. 1936/37, Nr. 12, S. 296, Nr. 13, S. 312.
Fehr, Bericht über die Schweiz. Das schweizerische Handelsrecht in den letzten 10 Jahren. ZHR 104. Jahrg. (1937), S. 51.
Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Dritter Band, III. Abteilung. Leipzig 1929.
Fischer (Curt), Aktienrechtsreform und Konzernwesen. ZHR 103. Jahrg. (1936), S. 1.
Fischer (Kurt), Resignation von der Anonymität im neuen Aktienrecht. Die Deutsche Volkswirtschaft. 1934.
— —, Wirtschaftsführertum oder Verwaltungsabsolutismus. Der praktische Betriebswirt. 1935, S. 475.
Fischer (Paul), Die Aktiengesellschaft in der nationalsozialistischen Wirtschaft. Schriften der Akademie für Deutsches Recht, herausgegeben von Frank. München und Leipzig 1936. Münchener Diss. 1936. — Besprochen in ZHR, 104. Jahrg. (1937), S. 205 von Eichler. —
Fischer (Rudolf), Die Aktiengesellschaft. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Dritter Band, I. Abteilung. Leipzig 1916.
Flechtheim*), Wolff und Schmulewitz, Die Satzungen der Deutschen Aktiengesellschaften. Mannheim, Berlin, Leipzig 1929.
Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München 1935. Aufsatz von Kißkalt, S. 1136: Die Aktiengesellschaft im nationalsozialistischen Staat.

Gast, Aufsichtsrat und Aufsichtsratsmitglied in der Aktiengesellschaft in arbeitsrechtlicher Beziehung. Coburg 1937. Erlanger Diss. 1937.
v. Gierke**) Aktiengesellschaft-Aktienrecht. Artikel im HdR Bd. I, S. 90. Berlin und Leipzig 1926.
— —, Aufsichtsrat. Artikel im HdR Bd. I, S. 381. Berlin und Leipzig 1926.
— —, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.
Freiherr von Godin und Wilhelmi, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937. Berlin/Leipzig 1937. — Besprochen von Adler in „Der Wirtschaftstreuhänder", 6. Jahrg. (1937), S. 470, im Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt, 14. Jahrg. (1937), S. 287, von Großmann-Doerth in JAkad. 5. Jahrg. (1938), S. 356 und von J. v. Gierke in ZHR Bd. 105 (1938), S. 136.
Freiherr von Godin, Die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft durch eine Mehrheit von Vorstandsmitgliedern. HansRGZ 21. Jahrg. (1938), S. 1.
Goetze, Das alte und das neue Aktienrecht. Eine vergleichende Darstellung. Berlin 1937. — Besprochen von Buwert in JW 1937, S. 2573.
Goldschmit, Das Recht des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien usw. Berlin 1922.
Gottlieb, Beitrag zur Frage der Interessenkollision bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften. Berlin 1936. Gießener Diss. 1936.
Groschuff und Nebelung, Handelsgesetzbuch in der am 1. Januar 1936 geltenden Fassung mit Erläuterungen über die handelsregisterrechtliche Praxis. Leipzig 1936.
Hallstein, Die Aktienrechte der Gegenwart. Berlin 1931. — Besprochen von Hachenburg in JW, 60. Jahrg. (1931), S. 2942.
Hamburger, Artikel „Aktiengesellschaft" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, herausg. von Schlegelberger.
Handbuch der deutschen Aktiengesellschaften. Jahrg. 42 (6 Bände), Band 3. Berlin 1937.
Heep, Die Bekämpfung der Anonymität im Gesellschafts-, insbesondere im Aktienrecht. Kölner Diss. 1936.
Heinsheimer*), Handelsrecht. 3. Aufl. Berlin 1930, Band XII der Enzyklopädie der Recht- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch und Kaskel.
Herbig, Die erste Durchführungsverordnung zum Aktiengesetz. DJ 1937, S. 1605.
Herbig, Geßler und Hefermehl, Das neue Aktiengesetz. DJ 99. Jahrg. (1937), S. 184.
Herold, Die Mustersatzung einer Aktiengesellschaft. Bank-Archiv 1937, S. 46.
Heß, Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung der Aktiengesellschaft. Rechtsvergleichend und unter Berücksichtigung der Vertretungsmacht bei anderen Aktiengesellschaften. Zürich 1937. Züricher Diss. 1937.
Homburger, Organe, Publizität und Pflichtprüfung. JW 60. Jahrg. (1931), S. 2935.
— —, Neugestaltung des Aktienrechts. Berlin 1931. — Besprochen von Hachenburg in JW 60. Jahrg. (1931), S. 2942.
— —, Aufsichtsrat und Bilanzprüfer im neuen Aktienrecht. Berlin 1932.

Höppner, Praxis des Aktienrechts. Hamburg 1935.
— —, Neues Aktienrecht. Eine Einführung in die Neuerungen auf Grund des AGes v. 30. 1. 1937. Hamburg 1937.
Kaufmann, Der Firmenzusatz „Deutsch". Gießener Diss. 1936.
Keyßner, Vom Aufsichtsrath und dessen Vergütung. ZHR 1899. S. 508 ff.
Kißkalt, Bericht über die Satzung des Ausschusses für Aktienrecht v. 25. 10. 1934. ZAkad 1. Jahrg. (1934), S. 241.
— —, Reform des Aktienrechts. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht. ZAkad 1. Jahrg. (1934), S. 20; 2. Jahrg. (1935), S. 247.
— —, Die Aktiengesellschaft im national-sozialistischen Staat. Im Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 2. Aufl. München 1935, S. 1136.
— —, Tagesfragen aus dem Aktienrecht. ZAkad 3. Jahrg. (1938), S. 186.
Klausing, Die Reform des Aktienrechts unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931. Berlin 1933.
— —, Das kommende Aktienrecht. DJZ 40. Jahrg. 1935, Sp. 1135.
— —, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz). Berlin 1937. — Besprochen von J. v. Gierke in ZHR 104. Jahrg. (1937), S. 221 u. von A. B. Schmidt in ArchivPrax, 144. Bd. (1938), S. 231.
Klein, Der Board of Directors der englischen Aktiengesellschaft. Leipzig 1933.
Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897. Neu bearbeitet von Teichmann und Köhler. 4. Aufl. Berlin 1936. — Besprochen im Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt, 14. Jahrg. (1937), S. 285.
Kohli, Aktiengesellschaft und Unternehmen. Bern 1936. Berner Diss. 1936.
Krebs, Schweizer Aktienrecht. Zürich 1938.
Kroog, Die Rechtsstellung von Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurs einer Aktiengesellschaft. Hamburg 1936. Hamburger Diss. 1936.
Kühne, Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936. Textausgabe mit Einleitung und Verweisungen auf das frühere Handelsrecht. Bern 1937.
Küntzel, Der Aufsichtsrath der Aktiengesellschaft, seine Rechte und Pflichten. Leipzig 1902. — Besprochen von Lehmann in ZHR 53. Bd. (1903), S. 261.
Lack, Handeln im Namen der Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung ins Handelsregister. Mit kurzer Darstellung des englischen und französischen Rechts. Düsseldorf 1937. Erlanger Diss. 1937.
Lasch, Kritik am neuen Aktienrecht? ZAkad 1. Jahrg. (1934), S. 172.
Lehmann Karl *, Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1898/1904.
Lenze, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Kölner Diss. 1937.
Mankiewitz, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. 1899.
Möhring und Schwartz, Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht. Berlin 1938. — Besprochen in MinBliV 99. Jahrg. (1938), S. 28 und in „Der Wirtschaftstreuhänder", 7. Jahrg. (1938), S. 77.
Mustersatzung für deutsche Aktiengesellschaften. Dresdner Bank 1937.

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 2. und 3. Auflage. Tübingen 1928.
— —, Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre. Berlin 1929.
Müller-Rückforth, Das Führerprinzip im Aktienrecht. Jenaer Diss. 1936.
Molitor, Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen. In der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926. Leipzig 1927.
Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des „Unternehmens an sich". Berlin und Leipzig 1932.
Nickel, Der Einfluß wirtschaftlicher Vorgänge auf die Ausgestaltung des deutschen Aktienrechts. Frankfurter Diss. 1935.
Noll, Die Anwesenheitsliste in der Generalversammlung. Ein Kapitel Publizitätsrecht und Publizitätspflicht. Deutsche Presse, 27. Jahrg. (1937), S. 456.
Passow, Die Entstehung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft. ZHR 64. Band (1909), S. 27.
— —, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der Aktiengesellschaft. Jena 1907.
— —, Die Aktiengesellschaft, eine wirtschaftswissenschaftliche Studie. 2. Aufl. Jena 1922.
Pinner*), Zur Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankaufsicht und über Steueramnestie, vom 19. September 1931. JW 60. Jahrg. (1931), S. 2930.
Polo, Bericht über Spanien bei Gelegenheit der 50-jährigen Wiederkehr des Tages, an dem das HGB entstand. Die Handelsgesetzgebung 1926—1936. ZHR 104. Band (1937), S. 308 (328).
Quassowski, Die aktienrechtliche Anonymität und die Bestrebungen zu ihrer Bekämpfung. ZAkad 2. Jahrg. (1935), S. 726.
— —, Die Grundzüge des neuen Aktienrechts. DJ 99. Jahrg. (1937), S. 182.
— —, Aktienrecht. Artikel im HdR, II. Ergänzungsband (Bd. VIII. des ganzen Werkes), S. 7. Berlin und Leipzig 1937.
Richter, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Berlin 1928.
Rießer*), Zur Aufsichtsratsfrage. In der Festgabe für Koch, S. 293. Berlin 1903.
Schacht, Die Deutsche Aktienrechtsreform. Vortrag vor der Vollsammlung der Akademie für Deutsches Recht am 30. November 1935. Voller Wortlaut in der Frankfurter Zeitung vom 1. Dezember 1935. Siehe auch Berliner Börsen-Kurier v. 30. 11. 1935.
Scheck, Betriebsführer und Betriebsführerstellvertreter bei der Aktiengesellschaft. Erlanger Diss. 1936.
Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Berlin 1929. Artikel „Aktiengesellschaft" von Hamburger.
— —, Notverordnung und Reform. JW 60. Jahrg. (1931), S. 2913.
— —, Die Erneuerung des deutschen Aktienrechts. Berlin 1935.
— —, Geleitwort zum neuen Aktiengesetz. DJ 1937, S. 174.
Staatssekretär Dr. Schlegelberger vor der Industrie zum neuen Aktienrecht. DJ 99. Jahrg. (1937), S. 289.

Schlegelberger, Quassowski u. a., Aktiengesetz vom 30. Januar 1937. 2. Aufl. Berlin 1937. — Besprochen von Kiesow in DJ 1937, S. 1823 und S. 2441.

— —, 1. Durchführungsverordnung zum Aktiengesetz. Ergänzungsband zum Kommentar zum Aktiengesetz. Berlin 1938.

Schmidt, Die Umgestaltung der Satzungen der Aktiengesellschaften nach dem neuen Aktiengesetz. Berlin und Leipzig 1938. — Besprochen in DJ 1938, S. 163 und RuPrMinBliV 1938, S. 176.

Schmölder, Pflichtprüfung und Verwaltungsreform in der Aktienrechtsnovelle. JW 60. Jahrg. (1931), S. 2925.

Schönenberger, Das Schweizerische Obligationenrecht in neuer revidierter Fassung. 12. Aufl. Zürich 1937.

Schönwandt, Neues und altes Aktienrecht. Berlin 1937.

Schumacher, Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im Deutschen Recht bis zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Ein Beitrag zur Frage der Führung der Aktiengesellschaft. Heft 10 der Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht. Stuttgart 1937.

Staub's*) Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Zweiter Band. Berlin und Leipzig 1933.

von Steiger, Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht. Zürich 1937.

— —, Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister. Zürich 1937.

Stenglein, Die Reform des Actienrechts. GS 60. Bd. (1902), S. 433.

Sterner, Die Begrenzung der Tantieme im neuen Aktiengesetz. JW 1937, S. 2813.

Stier-Somlo*), Die Reform des Aufsichtsraths der Aktiengesellschaft. ZHR 53. Band (1903), S. 20.

Teichmann und Köhler, Aktiengesetz. Berlin 1937. — Besprochen im Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt, 14. Jahrg. (1937), S. 285, in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1938, S. 80, von Gadow und von J. v. Gierke in ZHR Bd. 105 (1938), S. 137.

Tremblau, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Bonn 1917.

Troitzsch, Die Stellung des Vorstandes im Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (RGBl I, S. 107). Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung. 54. Jahrg. (1937), S. 40.

Trumpler, Die Bilanz der Aktiengesellschaft. Berlin und Leipzig 1937.

Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages Bd. I (Lehmann).

Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages Bd. I und Bd. III (Rehm).

Visan, Die Haftung der Verwaltung der Aktiengesellschaft, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage. Berliner Diss. 1935.

Vonmoos, Die Verwaltungs- und Kontrollorgane der Aktiengesellschaft nach dem System des italienischen Handelsgesetzbuchs. Eisfeld 1936. Erlanger Diss. 1936.

Walker, Internationales Privatrecht. 5. Aufl. Wien 1934.

Warschauer*), Die Reorganisation des Aufsichtsrathswesens in Deutschland. Berlin 1901. — Besprochen von Lehmann in ZHR 53. Band (1903), S. 262.

Wehl, Die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrates nach dem Aktiengesetz. DJ 99. Jahrg. (1937), S. 935.
Wertheimer*), Zur Reform des Deutschen Aktienrechts. Schweizerische Juristen-Zeitung, 32. Jahrg. (1935/36), S. 24.
— —, Deutsches Aktienrecht. Schweizerische Juristen-Zeitung, 33. Jahrg. (1936, 1937), S. 307.
Wilhelmi, Inwieweit kann ein Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft außerhalb seines Aufgabenkreises als Aufsichtsratsmitglied für die Gesellschaft tätig sein? JW 1938, S. 8.
Würdinger, Bemerkungen zur Aktienrechtsreform. DJZ, 41. Jahrg. (1936), Sp. 223.
Zeitlmann, Der Vorstand einer Aktiengesellschaft. Die Grundzüge nach dem neuen Aktiengesetz. Der Junge Rechtsgelehrte, 13. Jahrg. (1937), S. 319.

Die mit *) bezeichneten Verfasser sind Nicht-Arier; der im halbamtlichen Verzeichnis angegebene Halbjude ist mit **) bezeichnet.

Leitspruch; Die Aktiengesellschaft des nationalsozialistischen Staates steht im Dienste des Volksganzen.
Staatssekretär Dr. Dr. Schlegelberger in seinem Geleitwort zum neuen Aktiengesetz. DJ 1937, S. 174.

Einleitung.

§ 1. Die Gestaltung des Aufsichtsrates als wichtiges Problem des Aktienrechts.

Ein wesentliches Merkmal der Kapitalgesellschaft, als deren wirtschaftlich wichtigster Typ die AG erscheint, ist es, daß die Leitung mehr oder weniger stark von der Kapitalgrundlage getrennt ist. Die Aktionäre, denen wirtschaftlich das Eigentum an dem Unternehmen zusteht, sind nicht die Unternehmer. Kapitalfunktion und Unternehmerfunktion fallen auseinander. Daraus entstehen gesetzgeberische Schwierigkeiten. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, eine solche Regelung der Leitung der AG zu schaffen, daß die so mannigfachen sich widerstreitenden Interessen in möglichst vollkommener Weise zu einem Ausgleich gebracht werden. Hierbei handelt es sich heute nicht mehr bloß um den Ausgleich zwischen den rein kapitalistischen Interessen und dem Betriebsinteresse, sondern um die gleichzeitige Beachtung der Interessen der Volksgemeinschaft und der Gefolgschaft. Auch schon vor der Machtergreifung hatte sich die Auffassung Bahn gebrochen, daß die AG nicht lediglich ein privatkapitalistisches Unternehmen sei, sondern daß sie öffentliche Aufgaben zu erfüllen habe, daß sie gewissermaßen öffentlichen Institutscharakter habe. Aber erst durch das nationalsozialistische AGes vom 30. Januar 1937 wurde diese Auffassung — wohl zum ersten Male in der Welt — in gesetzliche Normierung gekleidet, indem § 70 AGes bestimmt, daß der Vorstand außer dem Wohl des Betriebes auch das Wohl der Gefolgschaft und den gemeinen Nutzen von Volk

1) Albert Schmidt

und Reich bei seiner Wirtschaftsführung im Auge zu behalten habe. Das Problem der Organisation der Leitung der AG hat dadurch eine erhöhte Bedeutung bekommen.

Die Schwierigkeiten der gesetzgeberischen Regelung wurden weiter dadurch vermehrt, daß die nationalsozialistische Rechtsanschauung möglichste Beseitigung der Anonymität der wirtschaftlichen Unternehmung und die Einführung des Führergrundsatzes erheischte. Beides wirkte sich gerade bei der Regelung der Leitung der AG aus. Die AG ist eine typische Erscheinung der liberalen Wirtschaftsverfassung. Sie mit der nationalsozialistischen Weltanschauung in Einklang zu bringen, rührte eine große Menge von Problemen auf. Mag auch ein jedes von ihnen wichtig und bedeutsam sein, wie das der Finanzierung, der Umwandlung, der Aktiengattungen, der Konzernverschachtelung usw., so steht doch das Problem der inneren Organisation mit als wichtigstes in erster Reihe [1]) und hängt mit fast allen anderen Problemen zusammen. Von seiner richtigen Lösung hängt es ab, ob das Institut der AG seine wichtige wirtschaftliche Aufgabe, die Unternehmungsform für große Betriebe zu sein, wird erfüllen können.

Am Anfang des Problems steht die Frage, ob überhaupt zwei Leitungsorgane, der Vorstand und der Aufsichtsrat da sein sollen, oder ob nach dem Vorbild mancher ausländischen Rechte nur ein einziges Verwaltungsorgan bestehen soll. Der deutsche Gesetzgeber hat sich für die erste Alternative entschieden, da sich in Deutschland die scharfe Trennung der Leitung in zwei Organe bewährt hat [2]). Die Vorschläge zur Abschaffung des Aufsichtsrats sind nicht durchgedrungen. Er gehört, wie der Vorstand, mit zur Leitung der AG, ist mit ihr Verwaltungsträger und seine Regelung steht somit im Zentralpunkt des aktienrechtlichen Problems; sie ist oft und lebhaft umstritten worden.

Das AGes, das im Altreich am 1. Oktober 1937 in Kraft getreten ist (§ 1 EGAGes), ist durch die Erste Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Oesterreich vom 11. April 1938 (RGBl I, S. 385) auch dort in Kraft getreten, jedoch nur für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften

1) Schumacher, Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft, S. 1.

2) Kißkalt, im Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 1147.

auf Aktien, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung erstmals in das Handelsregister eingetragen werden oder ihren Sitz aus dem übrigen Reichsgebiet nach Oesterreich oder aus Oesterreich in das übrige Reichsgebiet verlegen, ferner für Verschmelzungen mit Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, wenn auf die übernehmende Gesellschaft die Vorschriften des Aktiengesetzes Anwendung finden.

§ 2. Geschichte und Notwendigkeit des Aufsichtsrats.

Ein Organ, das unserem heutigen Aufsichtsrat entspricht, hat es gegeben, solange die Einrichtung der AG überhaupt besteht. Zunächst waren es die Hauptaktionäre, die die Geschäftsführung kontrollierten und deren Genehmigung zu wichtigen Handlungen eingeholt wurde; sie standen zugleich an Stelle der Generalversammlung. Als dann später auch die kleineren Aktionäre an dieser teilnahmen, blieb den Großaktionären immer noch ein gewisser Einfluß auf die Verwaltung gewahrt; sie bildeten einen ständigen Beirat der Direktoren[3]).

An die Stelle dieses Beirats von Großaktionären trat später ein in der Generalversammlung gewählter Verwaltungsrat, der auch Administrationsrat, Kuratorium oder Ausschuß genannt wurde. Schon bevor die Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 die Einrichtung eines Aufsichtsrates bindend für jede fortan zu errichtende AG vorschrieb — obligatorisch war er nur für Aktienkommanditgesellschaften vorgeschrieben —, hatte fast jede der in Deutschland bestehenden Aktiengesellschaften bereits ein Organ in der Form des Aufsichtsrats[4]). Es war dies allerdings ein Organ, das nicht in erster Linie Kontrollaufgaben hatte, sondern sich hauptsächlich mit Leitung und Verwaltung befaßte. Es waren also Verwaltungsräte, die sich gewohnheitsrechtlich gebildet hatten. Die Aktiennovelle von 1870 über-

3) Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, Bd. III, S. 336. Nicht bloß in geschichtlicher, sondern auch in dogmatischer Hinsicht darf das vor 1937 entstandene Rechtsschrifttum, wenn auch mit Vorbehalt, herangezogen werden. Für ein Thema, das den Aufsichtsrat behandelt, ist dies um so unbedenklicher, als die Aenderungen des Aktiengesetzes den Aufsichtsrat am wenigsten betreffen.

4) Passow, S. 146—150; Schumacher, Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft, S. 69, 70; v. Gierke, HdR I, S. 381.

trug nun dem Aufsichtsrat als Hauptaufgabe die Ueberwachung der Geschäftsführung. Formell mußte diese gesetzliche Regelung beachtet werden: die Gesellschaften mußten den Verwaltungsräten, die sie hatten, den Namen „Aufsichtsrat" geben und mußten ihm in der Hauptsache Ueberwachungsfunktionen übertragen. In Wirklichkeit hat aber das Gesetz an der Praxis der Gesellschaften nicht viel geändert: das, was jetzt Aufsichtsrat genannt werden mußte, blieb, wie bisher, ein Verwaltungsrat, d. h. dieses Organ befaßte sich in der Hauptsache mit Leitung und Verwaltung und nicht, wie es im Plane des Gesetzgebers lag, im wesentlichen mit der Ueberwachung [5]). Und so ist es in der Praxis des Gesellschaftsrechts bis zum Jahre 1937 geblieben. Erst die Zukunft wird zeigen, ob das nationalsozialistische Aktiengesetz diese Praxis brechen wird.

Im Gegensatz zum ADHGB sprechen es weder das HGB noch das AGes ausdrücklich aus, daß die AG einen Aufsichtsrat haben müsse. Die entsprechende Vorschrift wurde in der Novelle von 1900 mit der Begründung gestrichen, daß es sich um eine Selbstverständlichkeit handele. Und das ist in der Tat der Fall, denn die Notwendigkeit des Aufsichtsrats ergibt sich aus dem Aufbau der AG und ergibt sich ferner daraus, daß ihm Funktionen übertragen sind, die für die AG lebensnotwendig sind. Es sei hier nur daran erinnert, daß sie ohne den Aufsichtsrat überhaupt gar nicht zur Entstehung gelangen kann, denn nach § 28 AGes (§ 195 HGB) haben die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der Anmeldung der Gesellschaft beim Gericht mitzuwirken, nach § 25 AGes (§ 192 HGB) haben sie den Hergang der Gründung zu prüfen, sie haben bei der Nachgründung und bei der Kapitalerhöhung mitzuwirken (§§ 45, 150, 151 AGes) und vieles andere mehr [6]).

Ferner geht aus der Strafvorschrift des § 297, Nr. 1 AGes klar hervor, daß die AG einen Aufsichtsrat haben muß; hiernach sind Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats und Abwickler strafbar, wenn sie es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen haben, dafür zu sorgen, daß die Gesellschaft nicht länger als 3 Monate ohne beschlußfähigen Aufsichtsrat bleibt. Mit dieser Vorschrift wird zugleich klargestellt, daß die AG nicht etwa da-

5) V. Gierke, Handelsrecht, § 41, III, 1.
6) Brodmann, Anm. 1 zu § 243; Goldschmit, S. 23.

durch von selbst untergeht, daß der Aufsichtsrat zurücktritt oder aus irgendeinem anderen Grunde verschwindet; trotz fehlendem Aufsichtsrat bleibt sie immer noch eine AG, wenn auch eine solche die nicht in vollkommener Weise funktionieren kann [7]).

Auch die Gesellschaften, die bereits vor der Aktiennovelle von 1870 gegründet worden sind, müssen heute einen Aufsichtsrat haben [8]). Das ergibt sich daraus, daß seine Einrichtung auch im öffentlichen Interesse liegt, das in gleicher Weise für die älteren Gesellschaften vorhanden ist, ferner daraus, daß im EGHGB (Art. 23—28) erschöpfend angegeben ist, welche neuen Bestimmungen für ältere Aktiengesellschaften nicht gelten sollen, und daß in diesen Bestimmungen des EGHGB bezüglich des Aufsichtsrats nichts gesagt wird.

Auch die nichtige AG hat einen Aufsichtsrat. Trotz der Nichtigkeit setzt das Gesetz in gewissem Umfange den Bestand der Gesellschaftsorgane voraus: so kann nach § 216 jedes Mitglied des Aufsichtsrats darauf klagen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt wird. Die beklagte Gesellschaft wird im Nichtigkeitsprozeß durch Vorstand und Aufsichtsrat und, wenn der Vorstand klagt, durch den Aufsichtsrat vertreten (§ 216, Abs. 1 und 4, § 199, Abs. 2). Trotz Nichtigkeit der AG sind die durch den Aufsichtsrat vorgenommenen Geschäfte gültig, und es bleibt auch seine Verantwortlichkeit bestehen.

Ob eine ausländische AG einen Aufsichtsrat haben muß, ist nicht nach deutschem Recht, sondern nach ihrem Heimatsrecht zu beurteilen. Die Frage wird besonders dann praktisch, wenn die ausländische AG die Eintragung ihrer Zweigniederlassung in Deutschland zu erlangen wünscht. Nach § 37, Abs. 2 ist bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirk eine Zweigniederlassung liegt, das Bestehen der AG nachzuweisen. Ueberstaatliche Rechtssätze, die den Begriff der AG festlegen, gibt es nicht. Die nationalen Rechtssysteme haben den Begriff der AG nicht vollkommen übereinstimmend geregelt. Hierbei ist natürlich nicht bloß das geschriebene ausländische Recht heranzuziehen, sondern auch das Gewohnheitsrecht. So wird z. B. von Spanien berichtet,

7) Brodmann, Anm. 1 a zu § 243; Goldschmit, S. 24; Teichmann-Köhler, Anm. 1 zu § 86.

8) RGZ Bd. 48, S. 40.

daß das Handelsgesetzbuch aus dem Jahre 1885 über den Aufsichtsrat überhaupt keine Bestimmungen enthält, daß er aber in der Praxis existiert[9]).

Es gibt Rechte, die für die AG nur ein einheitliches Verwaltungsorgan, einen Verwaltungsrat haben, also einen besonderen Aufsichtsrat nicht kennen, so das französische (conseil administrativ), das englische (board of directors) und das nordamerikanische (board of directors) Recht[10]); auch in Oesterreich[11]) ist zur Zeit (März 1938) der Aufsichtsrat noch nicht bindend vorgeschrieben: es brauchen statt des neben dem Vorstand bestehenden Aufsichtsrats nur zwei Rechnungsrevisoren da zu sein.

Im Entwurf zur Reform des handelsrechtlichen Teiles des schweizerischen Obligationenrechts war (Art. 725) ein Aufsichtsrat fakultativ vorgeschlagen. Das Reformgesetz vom 18. Dezember 1936, in Kraft seit 1. Juli 1937, hat aber diesen Gedanken fallen lassen[12]). Statt dessen gibt es jedoch die Kontrollstelle (Art. 727 OR ff.), die dann das einzige Ueberwachungsorgan — allerdings nur in formeller und kalkulatorischer Hinsicht — ist, wenn die Verwaltung bloß aus e i n e r Person besteht. Besteht sie dagegen aus mehreren Personen — sie heißt dann Verwaltungsrat (Art. 712) — so ist es möglich, den Verwaltungsrat so zu gliedern, daß er in die den beiden Verwaltungsträgern des deutschen Rechts entsprechenden Organe aufgeteilt wird. Dies geschieht auf Grund des Art. 717 OR, wonach die Statuten oder ein von ihnen vorgesehenes Reglement bestimmen können, ob und wie die Geschäftsführung und Vertretung unter die Mitglieder des Verwaltungsrats zu verteilen sind. Es muß dann mindestens e i n Mitglied zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein. Im übrigen können die Generalversammlung oder die Ver-

9) Polo, Bericht über Spanien bei Gelegenheit der 50-jährigen Wiederkehr des Tages, an dem das HGB entstand, ZHR 104. Bd. (1937), S. 328.

10) Drechsler, ZHR Bd. 103, S. 228, 229; v. Gierke, § 41, III.

11) Nach Art. II des Gesetzes über die Wiedervereinigung Oesterreichs mit dem Deutschen Reich vom 13. März 1938 (RGBl I, S. 237) bleibt das derzeit in Oesterreich geltende Recht bis auf weiteres in Kraft. Die Einführung des Reichsrechts in Oesterreich erfolgt durch den Führer und Reichskanzler oder den von ihm hierzu ermächtigten Reichsministern. Bezüglich neu zu gründender Aktiengesellschaften vgl. S. 2/3 oben. — Wegen des heute noch geltenden Rechts vgl. Hamburger in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch Bd. 2, S. 77.

12) Fehr, ZHR 104. Bd. (1937), S. 82.

waltung durch die Statuten oder durch das Reglement ermächtigt werden, die Geschäftsführung oder einzelne Teile derselben und die Vertretung der Gesellschaft an eine oder mehrere Personen, Mitglieder des Verwaltungsrats (Delegierte) oder Dritte, die nicht Aktionäre zu sein brauchen (Direktoren), zu übertragen. Auf diese Weise kommt es dann zu einer Aufgliederung in Verwaltungsrat und Direktion, welch letztere die Geschäftsführung und Vertretung hat [13]). Nur in Ermangelung solcher Bestimmungen stehen Geschäftsführung und Vertretung allen Mitgliedern der Verwaltung gemeinsam zu.

Zwei Verwaltungsorgane haben Italien, Belgien, Ungarn, Bulgarien.

Wenn auch nach deutschem Recht der Aufsichtsrat unbedingt notwendig ist, so geht es nicht an, ausländischen Gesellschaften deshalb den Charakter als Aktiengesellschaften abzusprechen, weil sie keinen Aufsichtsrat haben. Wir werden das Peronalstatut der AG für ihre Organisation maßgebend sein lassen [14]): es ist nach dem Recht ihres Heimatstaates zu beurteilen, ob das Vorhandensein eines Aufsichtsrats für den Bestand der AG entscheidend ist. Sollte nach dem Heimatrecht dies der Fall sein, so kann die Gesellschaft bei der Behandlung von deutschen Behörden nicht als AG angesehen werden, wenn ein Aufsichtsrat nicht besteht [15]).

Es ist nicht zulässig, daß für den Aufsichtsrat durch die Satzung ein anderer Name vorgeschrieben wird. Die Bezeichnung „Aufsichtsrat" ist nun einmal bindend vom Gesetz vorgeschrieben. Auch ist es nicht zulässig für eine AG, mehr als einen Aufsichtsrat zu bestellen, insbesondere darf für eine Zweigniederlassung nicht ein besonderer Aufsichtsrat bestellt werden. Damit ist nicht die Möglichkeit zu verwechseln, bestimmte Aufsichtsratsmitglieder mit der Beaufsichtigung von Zweigniederlassungen zu betrauen.

Grundsätzlich ist es auch nicht statthaft, daß die vom Gesetz dem Aufsichtsrat übertragenen Funktionen durch die Satzung

13) Egger, SJZ 34. Jahrg., S. 38.

14) Walker, S. 163, 164; Goldschmit, S. 131; Brodmann, Anm. 6 zu § 201.

15) S. oben S. 5/6.

abgeändert werden, es sei denn, daß das Gesetz eine derartige Abänderung ausdrücklich zuläßt, wie das in § 95, Abs. 5, Satz 2 AGes geschehen ist.

Praktisch bedeutsam ist die Frage, ob durch die Satzung neben Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat noch weitere Organe bestellt werden dürfen, ob also etwa neben ihnen noch Beiräte, Verwaltungsräte oder unter sonstigen Bezeichnungen auftretende Organe geschaffen werden dürfen. Daß dies nicht verboten ist, geht aus § 128, Abs. 2, Nr. 7 AGes hervor, wo „Beiräte oder ähnliche Einrichtungen der Gesellschaft" erwähnt werden. Freilich sind solche Organe unerwünscht, da sie ohne gesetzlich festgelegte Verantwortung sind und oft nur zur Umgehung gesetzlicher Vorschriften, etwa zwecks unerlaubter Verstärkung des Aufsichtsrats, geschaffen werden [16]). Keineswegs kann durch solche von der Satzung geschaffenen Organe erreicht werden, daß die Funktionen und die Verantwortlichkeit der von Gesetzes wegen vorgeschriebenen Organe aufgehoben oder abgeändert werden [17]). Ausgeschlossen ist das Verschmelzen von Vorstand und Aufsichtsrat zu einem Organ; das darf nicht einmal für einzelne Angelegenheiten geschehen.

Der Aufsichtsrat ist kein populäres Organ. Die schwersten Pflichtverletzungen sind von Aufsichtsratsmitgliedern begangen worden. Nicht nur in Deutschland, sondern in allen Ländern ist Kritik über den Aufsichtsrat laut geworden. Man hat sich daher mit dem Gedanken getragen, den Aufsichtsrat abzuschaffen [18]). Dann müßten seine Funktionen anderen Stellen übertragen werden. Den Vorstand könnte aber nicht die Hauptversammlung wählen, das kann nur ein kleines Gremium, das ständig mitarbeitet und die Verhältnisse und die Personen kennt. Es muß auch eine Instanz da sein, die den Dienstvertrag mit den Vorstandsmitgliedern abschließt, da diese ja nicht in eine von vornherein fest umrissene Stellung eintreten. Das kann ebenfalls nicht die Hauptversammlung sein. Weiter muß eine Kontrollinstanz da sein und eine Stelle, welcher gegenüber der Vorstand

16) Baumbach, Anm. 1 A zu § 86: „Dem neuen Rechtsdenken entsprechen dergleichen Organe nicht."

17) Vgl. Rudolf Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abtlg., S. 252.

18) Kißkalt, im Nationalsozialistischen Handbuch für Gesetzgebung, S. 1145, 1146.

verantwortlich ist, und diese Stelle kann wiederum nur der Aufsichtsrat sein[19]).

Auch in den meisten anderen Ländern, die theoretisch nur ein Verwaltungsorgan kennen, hat sich eine Teilung der Aufgaben zwischen dem die Geschäfte hauptamtlich führenden Direktor und den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern ergeben, die lediglich beratend und überwachend tätig werden. Die Praxis hat dort also auch eine Zweiteilung herbeigeführt.

Es ist daher richtig, daß der deutsche Gesetzgeber die Einrichtung des Aufsichtsrats beibehalten hat. Seine Notwendigkeit ergibt sich auch aus der Erwägung, daß die Leitung einer AG nicht mit eigenem Vermögen, sondern mit fremdem Vermögen zu arbeiten hat; Unternehmer und Geschäftsleiter sind nicht identisch. Ueberall da, wo Personen die Verfügung über fremdes Vermögen anvertraut ist, bedarf es einer Kontrolle. Hinzukommt bei der AG noch das große öffentliche Interesse, denn ein großer Teil des deutschen Volksvermögens ist in Aktiengesellschaften investiert. Solange diese Unternehmungsform besteht, wird der Aufsichtsrat nicht entbehrt werden können[20]).

19) Kißkalt, a. a. O.

20) Schlegelberger, Die Erneuerung des Aufsichtsrats, S. 23.

Kapitel I

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats

§ 3. Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder.

Das HGB begnügte sich im § 243 damit, eine Mindestzahl von Aufsichtsratsmitgliedern festzusetzen. Das AG setzt in § 86 außer einer Mindestzahl auch eine Höchstzahl fest.

Die Mindestzahl ist nach beiden Gesetzen drei. Die Höchstzahl ist nach AGes entsprechend dem Grundkapital gestaffelt; sie beträgt bei Gesellschaften mit einem Grundkapital bis zu 3 000 000 Reichsmark sieben, von mehr als 3 000 000 Reichsmark zwölf, von mehr als 20 000 000 Reichsmark zwanzig.

Bereits die Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931 hatte eine Höchstzahl vorgeschrieben, nämlich dreißig. Derartige Beschränkungen der Höhe nach beruhen auf der Erwägung, daß ein vielköpfiger Aufsichtsrat zur Ueberwachung der Geschäftsführung des Vorstandes nicht geeignet ist[1]). Die gesetzgeberische Tendenz geht dahin, den Aufsichtsrat grundsätzlich zu verkleinern. Bei der Gesetzesberatung war sogar vorgeschlagen worden, die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zwischen der Zahl der Grazien und Musen festzusetzen[2]). Ein kleines Gremium kann entschlußkräftiger auftreten als eine große Interessentenzahl[3]). Ein kleines Kollegium kann auch schneller und häufiger zusammentreten, kann auch offener über alle Fragen sprechen, die die Gesellschaft berühren. Andererseits wollte der Gesetzgeber nicht eine übermäßige Verkleinerung vornehmen, um der Gefahr vorzubeugen, daß sich neben dem Aufsichtsrat als gesetzlichem Verwaltungsträger unverantwortliche Beiräte oder sonstige Nebenorgane bildeten[4]). In der amtlichen Begründung wird ausdrücklich anerkannt, daß der Aufsichtsrat in der Praxis auch

1) Amtliche Begründung zu § 86.
2) Schlegelberger, Anm. 1 zu § 86.
3) Höppner, Praxis des Aktienrechts, S. 254.
4) Schlegelberger, Die Erneuerung des Aktienrechts, S. 26.

dazu dient, geschäftliche Verbindungen und Beziehungen herzustellen und zu erhalten. Aus diesem Grunde wurde die Höchstzahl entsprechend dem Grundkapital gestaffelt.

Wenn der Gesetzgeber die Staffelung zunächst grundsätzlich nach der Höhe des Grundkapitals vorgenommen hat, so hat er doch nicht verkannt, daß das Grundkapital nicht immer ein sicheres Anzeichen für die Notwendigkeit eines kleineren oder größeren Aufsichtsrates ist; es kann Gesellschaften geben, bei denen mit Rücksicht auf den Gegenstand und das Maß der geschäftlichen Verflechtung des Unternehmens ein größerer Aufsichtsrat notwendig ist[5]). Es wird daher in § 86, Abs. 1, Satz 3 bestimmt, daß der Reichswirtschaftsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Justiz und den sonst beteiligten Reichsministern Ausnahmen zulassen darf, wenn das Wohl der Gesellschaft oder gesamtwirtschaftliche Belange es erfordern. Das sind Ausnahmefälle, in der Regel wird die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder nach der Höhe des Grundkapitals bestimmt[6]).

Innerhalb der gesetzlichen Mindest- und Höchstgrenzen bestimmt die Satzung die Anzahl der Mitglieder. Es ist nicht empfehlenswert, daß die Satzung nur gerade die Mindestzahl drei bestimmt, da durch jedes Fehlen eines Mitgliedes der Aufsichtsrat beschlußunfähig wird[7]).

Für die Uebergangszeit trifft § 8 des EGAGes Bestimmungen. Hierbei ist die Zweifelsfrage entstanden, ob die bei Inkrafttreten des AGes am 1. Oktober 1937 im Amt befindlichen überzähligen

5) ZAkad 1934, S. 34.

6) Mammut-Aufsichtsräte hatten nach dem Handbuch der Deutschen Aktiengesellschaften (1927):

1. Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk, AG in Essen; Aufsichtsrat mit 90 Mitgliedern.
2. Ueberlandzentrale Pommern AG in Stettin-Grabow: 69 Mitglieder.
3. AG Sächsische Werke Dresden-A: 60 Mitgl.
4. Deutsche Bank in Berlin-W: 57 Mitgl.
5. Darmstädter und Nationalbank KGaG, Berlin-W 8; 54 Mitgl.
6. Gelsenkirchener Bergwerks-AG in Gelsenkirchen: 53 Mitgl.
7. Deutscher Aero-Lloyd AG, Berlin: 50 Mitgl.
8. Dresdner Bank, Berlin W 8: 47 Mitgl.
9. Direction der Discontogesellschaft, KAG: 43 Mitgl.
10. Süddeutsche Zucker-AG, Mannheim: 36 Mitgl.

Weitere Beispiele s. bei Passow, S. 154 für die Vorkriegszeit.

7) Staub, Anm. 3 zu § 243; Baumbach, Anm. 2 zu § 86.

Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt niederlegen müssen, wenn die Besetzung des Aufsichtsrats mit den Vorschriften des § 86 in Widerspruch steht, oder ob EGAGes § 8, Abs. 1, der allerdings nur von Satzungsbestimmungen, nicht von dem amtierenden Aufsichtsrat selbst spricht, entsprechend anzuwenden ist und die Aufsichtsratsmitglieder, die überzählig sind, erst bis zur nächsten Hauptversammlung, die über die Entlastung abgehalten wird, zurücktreten müssen. Dem Zweck des Gesetzes entsprechend wird man zu entscheiden haben, daß die überzähligen Aufsichtsratsmitglieder alsbald nach Inkrafttreten des AGes ihre Aemter niederzulegen haben[8]).

§ 4. Die persönlichen Eigenschaften der Aufsichtsratsmitglieder.

Das HGB bestimmte nichts über die persönlichen Eigenschaften der Aufsichtsratsmitglieder.

Es war streitig, ob eine juristische Person Mitglied des Aufsichtsrats sein könne. Die herrschende Ansicht verneinte dies[9]) und zwar mit Recht. Durchschlagend erscheint uns das Argument, das Brodmann anführt[10]): Die juristische Person ist ethisch absolut farblos und für das Recht da unbrauchbar, wo es gerade auf das Ethische in der Person ankommt, wie das beim Aufsichtsratsmitglied der Fall ist. Die Streitfrage ist nun dadurch erledigt, daß § 86, Abs. 2 AGes ausdrücklich eine juristische Person für untauglich erklärt, Mitglied des Aufsichtsrats zu sein.

Auch nach schweizerischem Recht kann eine juristische Person nicht Mitglied der Verwaltung[11]) sein. Der neue Absatz 3 des Art. 707 OR bestimmt: „Ist an der Gesellschaft eine juristische

8) Danielcik, Anm. 4 zu § 86; a. M. Schlegelberger, Anm. 35 zu § 8 EGAGes.

9) Staub, Anm. 4 zu § 243; Höppner, Praxis des Aktienrechts, S. 253; Stier-Somlo, S. 34; R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abtlg., S. 239; ausführliche Darstellung dieser Frage mit Literaturangaben bei Goldschmit, S. 52—57, der sich für Zulässigkeit ausgesprochen hat, ja sogar eine offene Handelsgesellschaft und eine Kommanditgesellschaft für wählbar hält.

10) Anm. 2 c zu § 243.

11) Bei den Vergleichen, die wir mit dem schweizerischen Recht ziehen, ist immer im Auge zu behalten, daß es — wie oben S. 6 ausgeführt — in der Schweiz einen eigentlichen Aufsichtsrat nicht gibt.

Person oder eine Handelsgesellschaft beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied der Verwaltung wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden." Wohl aber können in der Schweiz juristische Personen Liquidator (Art. 740, Abs. I OR) und Revisor („Kontrollstelle") sein (Art. 727, Abs. 3 OR).

Bestritten ist es auch, ob für das Aufsichtsratsmitglied volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. Das Geschäftsunfähige nicht in den Aufsichtsrat gesandt werden können, ist freilich unzweifelhaft. Da nach § 165 BGB aber beschränkt geschäftsfähige Personen Stellvertreter sein können, bedarf es in der Tat einer Erörterung, ob sie Aufsichtsratsmitglieder sein können, mag auch die Frage von geringer, praktischer Bedeutung sein. Man wird sich dahin zu entscheiden haben, daß beschränkt Geschäftsfähige nicht Mitglieder des Aufsichtsrats sein können und zwar aus dem Grunde, weil es sich bei den Funktionen des Aufsichtsrats nicht bloß um eine Angelegenheit der Gesellschaft, sondern auch um öffentliche Interessen handelt und weil die Aufsichtsratsmitglieder vielfach Dritten gegenüber verantwortlich sind [12]). Würde man es zulassen, daß ein junger Mann von 20 Jahren in den Aufsichtsrat gewählt wird, so müßte man dasselbe für ein 8-jähriges Kind zulassen. Nicht zugestimmt werden kann der Auffassung Fischers [13]), der den Vertrag, welchen die Gesellschaft mit einem Vorstandsmitglied oder Aufsichtsratsmitglied abschließt, in den individualrechtlichen Anstellungsvertrag und die sozialrechtliche „Bestellung" zerlegt und die Bestellung des Minderjährigen für wirksam, dagegen den Anstellungsvertrag in seiner Wirksamkeit davon abhängig erklärt, ob der gesetzliche Vertreter die Zustimmung erteilt. Eine derartige gekünstelte Konstruktion entspricht nicht dem heutigen Rechtsempfinden.

Für die Zulässigkeit der Bestellung von beschränkt geschäftsfähigen Personen haben sich u. a. Staub [14]), Goldschmit [15]) und Tremblau [16]) ausgesprochen. Staub zieht aus § 165

12) So Brodmann, Anm. 2 g zu § 243 und Anm. 4 a zu § 231; mit ähnlicher Begründung Stier-Somlo, S. 35; R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abtlg., S. 239.

13) Ehrenbergs Handbuch, III, 1, S. 216.

14) Staub, Anm. 4 zu § 243 und Anm. 10 zu § 231.

15) Goldschmit, S. 50, 51.

16) Tremblau, S. 5, 6; ferner auch Cahn, S. 69 und Gast, S. 11.

BGB folgerichtig die äußerste Konsequenz, wenn er schreibt, daß Kinder von 7 Jahren Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands werden können! Goldschmit begründet seine Ansicht damit, daß sich aus dem Gesetz kein Hindernisgrund ableiten lasse. Wäre diese Begründung richtig, dann müßte man es auch für zulässig halten, daß Geschäftsunfähige Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands werden können, denn auch gegen sie ließe sich nicht auf Grund irgendeiner positiven Gesetzesvorschrift ein Hindernisgrund ableiten und trotzdem ist man darüber einig, daß Kinder unter 7 Jahren und Geisteskranke nicht diese Posten bekleiden können [17]). Tremblau setzt verwunderlicherweise das Mindestalter der Aufsichtsratsmitglieder auf 17 (!) Jahre fest und spricht es ausdrücklich aus, daß auch Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind, Aufsichtsratsmitglieder werden können.

Mag diese Auffassung auch bei der Auslegung des HGB noch berechtigt gewesen sein, so darf sie heute keineswegs mehr zugelassen werden. Der Vorstand hat nach § 70 AGes auch den gemeinen Nutzen von Volk und Reich wahrzunehmen und der Aufsichtsrat hat ihn hierin zu überwachen. Zur Erfüllung einer solchen öffentlichen Aufgabe dürfen Minderjährige und Entmündigte nicht zugelassen werden [18]).

Frauen und Ausländer sind als Aufsichtsratsmitglieder zugelassen. Abweichend hiervon bestimmt in letzterer Hinsicht das schweizerische Recht (Art. 711 des revidierten Obligationenrechts, früherer Art. 649), daß, wenn die Verwaltung aus einer einzigen Person besteht, diese das Schweizerbürgerrecht haben müsse und daß, wenn die Verwaltung aus mehreren Personen besteht, die Mehrheit das Schweizerbürgerrecht besitzen müsse [19]). Von dieser

17) So Brodmann, Anm. 2 d zu § 243.

18) Gleiche Begründung von Danielcik, Anm. 5 zu § 86. Für Zulassung nicht voll geschäftsfähiger Personen haben sich noch Cahn, S. 69 und Lenze, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, S. 11 ausgesprochen. — Das ital. Handelsgesetzbuch verlangt für die sindaci ausdrücklich Volljährigkeit und schließt Entmündigte aus (vgl. Vonmoos, Die Verwaltungs- und Kontrollorgane der AG nach dem System des ital. Handelsgesetzbuchs. Erlanger Diss. 1936, S. 52).

19) Im Freistaat Danzig müssen nach einem Gesetz vom 13. Oktober 1922 bei Neugründungen die Gründer Danziger Staatsangehörige sein, und es ist bei bestehenden und neu zu gründenden Gesellschaften eine Satzungsbestimmung aufzunehmen, wonach die Mehrzahl der Aufsichtsratsmitglieder Danziger Staats-

Vorschrift können allerdings durch den Bundesrat bei Holdinggesellschaften Ausnahmen gemacht werden. Gegen Gesellschaften, die den Nationalitätsartikel nicht beachten, sind scharfe Sanktionen eingeführt (Art. 711, Abs. 5 OR: Auflösung!). Es wird berichtet, daß der Nationalitätsartikel sehr häufig durch Strohmänner, als welche Schweizer Rechtsanwälte fungieren, umgangen wird [20]).

Auch Nichtarier können Aufsichtsratsmitglieder sein [21]).

Irgendwelche Vorschriften darüber, daß die Aufsichtsratsmitglieder in Deutschland oder gar an dem Orte, an welchem die Verwaltung geführt wird, wohnhaft sein müßten, bringt das AGes nicht. Es kann vorkommen, daß ein erheblicher Teil der Aufsichtsratsmitglieder im Auslande oder sonst sehr weit entfernt vom Sitz der Verwaltung ansässig ist. So wohnten seinerzeit vom Aufsichtsrat der in Berlin ansässigen Deutsch-Russischen Naphta-Importgesellschaft 3 Mitglieder in Petersburg, 2 in London und je eines in Berlin, Paris und Baku [22]).

Mit Recht überläßt es der Gesetzgeber der Satzung, hierüber aus Zweckmäßigkeitsgründen Bestimmungen zu erlassen. Der entfernte Wohnsitz des Aufsichtsratsmitgliedes wirkt sich selbstverständlich ungünstig für die Kontrolltätigkeit aus; es mag ja aber sein, daß die Gesellschaft das so weit wohnende Aufsichtsratsmitglied in erster Linie zur Anknüpfung von Geschäftsverbindungen gewählt hat.

Das schweizerische Recht enthält bindende Vorschriften über den Wohnsitz: ist mit der Verwaltung eine einzige Person betraut,

angehörige sein müssen. — In Rumänien muß ein Drittel des Aufsichtsrats aus rumänischen Staatsangehörigen bestehen (vgl. Hamburger in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch, Bd. 2, S. 99).

20) Fehr, ZHR 104, 51; Egger, SJZ 34, 37.

21) In dem Bericht über die Hauptversammlung der AG „Eintracht" Braunkohlenwerke und Brikettfabriken in Welzow (Niederlausitz) im April 1938 ist zu lesen: „Dem Aufsichtsrat wurde bis auf die nichtarischen Mitglieder Entlastung erteilt." — Nach der Anordnung auf Grund der Verordnung über die Anmeldung des Vermögens der Juden vom 26. April 1938 (RGBl I, S. 415) bedarf die Veräußerung oder die Verpachtung eines gewerblichen Betriebes der Genehmigung, wenn an dem Rechtsgeschäft ein Jude als Vertragschließender beteiligt ist. Nach der Dritten Verordnung zum Reichsbürgergesetz v. 14. 6. 1938 (RGBl I, S. 627), § 3, wird vermutet, daß eine AG ein jüdisches Unternehmen ist, wenn am 1. Januar 1938 auch nur ein Mitglied des Aufsichtsrats Jude war.

22) Passow, S. 182 mit weiteren Beispielen.

so muß sie in der Schweiz wohnhaft sein, besteht die Verwaltung aus mehreren Mitgliedern, so muß die Mehrheit in der Schweiz wohnhaft sein. Allerdings kann auch von dieser Vorschrift der Bundesrat Ausnahmen zulassen (Art. 711 OR).

Nach AGes ist es nicht erforderlich, daß die Aufsichtsratsmitglieder Aktionäre sind. Diese Regelung ist zu begrüßen: es wird auf diese Weise auch Personen, die nicht in der Lage sind, Kapital anzulegen, die Möglichkeit gegeben, führend in der Wirtschaft tätig zu sein. Auch in dieser Beziehung bestimmt wiederum das schweizerische Recht (Art. 707 OR) das Gegenteil: „Die Verwaltung der Gesellschaft besteht aus einem oder mehreren Mitgliedern, die Aktionäre sein müssen. Werden andere Personen gewählt, so können sie ihr Amt erst antreten, nachdem sie Aktionäre geworden sind“ [23]).

Beamte können in den Aufsichtsrat entsandt werden. Es ist gleichgültig, ob sie die etwa nach Beamtenrecht erforderliche Genehmigung haben. Der Registerrichter ist nicht befugt, die Vorlage der dienstlichen Genehmigung zu verlangen. Es ist lediglich für das Beamtenrecht bedeutsam, ob die Genehmigung vorliegt. Ist diese notwendig und nicht erteilt worden, so zieht die Annahme und Ausübung der Aufsichtsratsmitgliedschaft lediglich disziplinäre Folgen nach sich [24]).

Verwandtschaftliche Beziehungen bilden kein Hindernis [25]).

Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer bereits in 10 Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien Aufsichtsratsmitglied ist (§ 86, Abs. 2 AGes) [26]). Erstmalig war durch die Aktienrechtsnovelle von 1931 eine Beschränkung der Vereinigung von Aufsichtsratsposten in einer Hand vorgenommen

23) Gesetzliche Pflicht zum Besitz von Aktien für Aufsichtsratsmitglieder verlangte Warschauer, Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland, 1902, S. 14, 15.

24) Goldschmit, S. 50; Cahn, S. 70.

24) Goldschmit, S. 50; Cahn, S. 70.

25) In der Türkei dürfen die Kontrolleure nicht in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum vierten Grade mit den Verwaltungsratsmitgliedern verwandt sein (vgl. Hamburger in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch, Bd. 2, S. 822). Eine gleiche Bestimmung findet sich in Italien für die sindaci, die unseren Aufsichtsratsmitgliedern entsprechen (vgl. Vonmoos, Die Verwaltungs- und Kontrollorgane der AG nach dem System des italienischen HGB. Erlanger Diss. 1936, S. 52).

26) Eine ähnliche Bestimmung findet sich in keinem ausländischen Recht.

worden und zwar auf zwanzig. Einer solchen Beschränkung liegt die Erwägung zugrunde, daß das einzelne Mitglied, mag es auch noch so sachkundig und erfahren sein, bei Zugehörigkeit zu einer Vielzahl von Aufsichtsräten sich der Ausübung des einzelnen Amtes nicht mit der nötigen Sorgfalt widmen könne [27]).

Nach dem Adreßbuch der Direktoren und Aufsichtsräte, Jahrgang 1905, bekleideten 4 Direktoren der Deutschen Bank 11, 17, 20 und 22 Aufsichtsratsposten, 3 Direktoren der Dresdner Bank 18, 25, 29, ein Direktor des Schaaffhausenschen Bankvereins 30, ein Geschäftsinhaber der Berliner Handelsgesellschaft 24, ein Kölner Bankier 33 Stellen. Nach dem Handbuch der Deutschen Aktiengesellschaften, Jahrgang 1927, war der Bankier Jacob Goldschmidt in Berlin Aufsichtsratsmitglied von 43, der Justizrat Dr. Albert Katzenellenbogen in Frankfurt am Main Aufsichtsratsmitglied von 18 Aktiengesellschaften.

Die gesetzliche Beschränkung von Aufsichtsratsposten in einer Hand wird sich vorteilhaft für die Heranbildung und Auslese des Führernachwuchses auswirken [28]). Bei der Berechnung der 10 Aufsichtsratsposten rechnet die Mitgliedschaft bei Aufsichtsräten ausländischer Gesellschaften [29]) und von Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht mit. Sitze in Konzerngesellschaften rechnen einzeln [30]). Von der gesetzlichen Beschränkung von Aufsichtsratsposten in einer Hand kann der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern abweichende Vorschriften und Anordnungen treffen. Eine solche Anordnung

27) Amtliche Begründung; Höppner, S. 254.

28) Klausing, AGes, Einleitung, S. 65.

29) Baumbach, Anm. 3 zu § 86; Schlegelberger, Anm. 13 zu § 86: aus Gründen der Rechtssicherheit; gegenteiliger Meinung und zwar ebenfalls mit der Begründung, daß dies im Interesse der Rechtssicherheit geboten sei, Höppner, Praxis des Aktienrechts, S. 254, 255. Für die Richtigkeit der im Text vertretenen Ansicht spricht die Verordnung über die Rechtswirksamkeit von Wahlen zum Aufsichtsrat vom 21. Juni 1935 (RGBl I, S. 829), wonach die Mitgliedschaft in Aufsichtsräten saarländischer Aktiengesellschaften n i c h t mitzuzählen ist.

30) Schlegelberger, Anm. 14 zu § 86; Baumbach, Anm. 3 zu § 86. Anders jedoch, wenn das Mitglied gewählt oder entsandt ist zur Wahrnehmung der Belange eines Wirtschaftsunternehmens, das mit der Gesellschaft konzernverbunden ist. Siehe gleich im nachfolgenden Text. Es kann ja jemand, o h n e mit der Wahrnehmung derartiger Belange betraut zu sein, Aufsichtsratsmitglied mehrerer Gesellschaften sein, die konzernverbunden sind; dann zählen die Sitze einzeln.

ist enthalten in § 18 der Ersten Durchführungsverordnung zum AGes vom 29. September 1937:

„Sitze in Aufsichtsräten, in die das Mitglied gewählt oder entsandt ist zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Belange

1. des Reiches, eines Landes, eines Gemeindeverbandes oder einer Gemeinde,

2. eines Wirtschaftsunternehmens, das mit der Gesellschaft konzernverbunden ist (§ 15 des Gesetzes),

3. eines Kreditinstituts, das mit der Gesellschaft in dauernder bankmäßiger Geschäftsverbindung steht,

werden für die Anwendung des § 86, Abs. 2, Satz 2 des Gesetzes nur als ein Sitz gerechnet. Jedoch darf niemand insgesamt mehr als 20 Aufsichtsratssitze innehaben."

Die Hauptversammlung ist zunächst auf die Richtigkeit der Erklärung des Kandidaten angewiesen, daß er nicht bereits 10 Aufsichtsräten angehört. Objektiv nachprüfbare Merkmale fehlen hier, anders als beim Erfordernis eines gewissen Wohnsitzes, der Staatsangehörigkeit, der Geschäftsfähigkeit und des Aktienbesitzes.

Es ist interessant, zu beobachten, daß im Aktienrecht dieselben Probleme, an denen wir arbeiten, auch das Ausland bewegen. So ist auch in Italien das „Problem der Cumulisten" in den Vordergrund der Erörterungen über die „typisch liberalbürgerliche AG" gestellt worden. In einem Bericht der Handelszeitung des Berliner Tageblatts [31]) heißt es:

„Die Vereinigung vieler Aufsichtsratsposten in einer Hand hat in den Augen des Publikums zu zahlreichen Unzuträglichkeiten geführt. In ihrer rechtlichen Struktur mit dem nur repräsentativen Präsidenten, dem praktisch alles machenden Bevollmächtigten, den dekorativen [32]) Aufsichtsräten und den machtlosen Syndici entspricht die „Anonima" nicht mehr ganz dem neuen Wirtschaftsgeist" [33]).

Nicht in den Aufsichtsrat gewählt werden können die Vorstandsmitglieder (§ 90).

31) Nummer v. 18. März 1938.

32) Der Bericht über die Hauptversammlung der Nordstern Lebensversicherungs-AG in Berlin im April 1938 nennt folgende Aufsichtsratsmitglieder mit adligen Namen: Hans Wolf von Görschen-Wassenaar, Gottlieb von Langen und Eugen von Waldthausen.

33) Bereits im Jahre 1902 verlangte Warschauer, S. 18, eine gesetzliche Beschränkung der Aufsichtsratsstellen in einer Hand.

Soweit keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen, ist der Satzung überlassen, Vorschriften über die persönlichen Eigenschaften der Aufsichtsratsmitglieder zu treffen. Sie darf also z. B. bestimmen, daß Ausländer und Frauen und Personen, die in Deutschland nicht ihren Wohnsitz haben, ausgeschlossen sind, sie kann die Fähigkeit, Aufsichtsratsmitglied zu werden, daran knüpfen, daß der Betreffende eine gewisse Anzahl von Aktien besitzt oder eine Sicherheit hinterlegt [34]). Zwingend sind die gesetzlichen Vorschriften über den Ausschluß juristischer Personen, über die allzu große Vereinigung von Aufsichtsratsposten in einer Hand und über das Verbot gleichzeitiger Mitgliedschaft in Vorstand und Aufsichtsrat; als zwingend muß es auch, obgleich eine gesetzliche Norm fehlt, angesehen werden, daß beschränkt geschäftsfähige Personen nicht Aufsichtsratsmitglieder sein können. Gegenteilige Satzungsbestimmungen sind nichtig.

Sollte eine Person gewählt werden, die kraft Gesetzes nicht wählbar ist, z. B. eine juristische Person oder ein nicht voll Geschäftsfähiger, so ist die Wahl ohne weiteres nichtig; der Beschluß bedarf weiter keiner Anfechtung.

Sollte die Unfähigkeit sich lediglich aus der Satzung ergeben, sollte also z. B. ein Ausländer oder eine Frau gewählt werden, obgleich die Satzung dies verbietet, so ist der Beschluß lediglich anfechtbar. Durch unterlassene Anfechtung wird der Beschluß gültig.

Tritt nachträglich ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund ein, wird z. B. das Mitglied entmündigt, so erlischt das Amt ohne weiteres.

Tritt nachträglich ein satzungsmäßiger Unfähigkeitsgrund ein, verliert also etwa das Mitglied seine deutsche Staatsangehörigkeit oder wird das Mitglied, das bisher als ein dem männlichen Geschlecht zuneigender Zwitter anzusehen war, durch ärztliches Gutachten als nunmehr ein dem weiblichen Geschlecht zuneigender Zwitter festgestellt, so hört, wenn die Satzung Ausländer und Frauen ausschließt, die Zugehörigkeit zum Aufsichts-

34) Staub, Anm. 4 zu § 243 und Anm. 10 zu § 231; Goldschmit, S. 58; Lenze, S. 13.

rat nicht von selbst auf, sondern es muß die Bestellung widerrufen werden[35]).

§ 5. Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern.

Nach dem Recht des HGB (§ 243) wurden alle Aufsichtsratsmitglieder durch die Generalversammlung gewählt. Auch nach AGes ist das die Regel. Neu eingeführt ist es aber nun, daß die Satzung vorschreiben kann, daß bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht zusteht, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Neu ist weiter, daß eine Bestellung durch das Gericht erfolgen kann, wenn der Aufsichtsrat länger als 3 Monate weniger als die zur Beschlußfähigkeit nötige Zahl von Mitgliedern hat. Endlich gibt es noch eine dritte Ausnahme von dem Satze, daß die Hauptversammlung den Aufsichtsrat wählt: bei der Einheitsgründung bestellen den ersten Aufsichtsrat die Gründer (§ 23). —

Nach § 87 werden die Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung gewählt. Jede abweichende Satzungsvorschrift ist nichtig. Insbesondere kann dem Aufsichtsrat durch die Satzung nicht das Recht der Zuwahl eingeräumt werden[36]). Es entscheidet die satzungsmäßige Mehrheit.

Die Wahl muß frei sein. Es fragt sich, ob dieser Grundsatz, der sich bei Auslegung des § 87, Abs. 1, Satz 1 ergibt, dadurch verletzt wird, daß Wahlabreden zwischen den Aktionären getroffen werden. Es kommt nämlich in der Praxis des Aktienrechts ziemlich häufig vor, daß die Aktionäre sich gegenseitig verpflichten, in gewisser Weise in der Hauptversammlung zu stimmen. Man würde m. E. gegen den Grundsatz der Wahlfreiheit verstoßen, wenn man derartigen Wahlabreden die Wirkung geben würde, daß aus ihnen auf Erfüllung geklagt werden kann. Keineswegs wird aber gegen diesen Grundsatz verstoßen, wenn man entscheidet, daß sich der Aktionär, der anders, als verabredet stimmt, schadensersatzpflichtig macht und die etwa vereinbarte Vertragsstrafe zahlen muß[37]). Voraussetzung ist aller-

35) Baumbach, Anm. 3 zu § 86; Staub, Anm. 4 zu § 243 und Anm. 11 und 12 zu § 231; Goldschmit S. 59.

36) v. Gierke, § 41, III, 1; Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abt., S. 240; Tremblau, S. 7; dagegen kann die Satzung einer G. m. b. H. Kooptation zulassen, da die G. m. b. H., weil der Aufsichtsrat nur fakultativ ist, freier gestellt ist, als eine AG (vgl. Feine in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 3. Abt., S. 559).

dings, daß derartige Wahlabreden nicht gegen die guten Sitten, gegen zwingende aktienrechtliche Vorschriften oder gegen nationalsozialistische Grundsätze verstoßen.

Die zur Aufsichtsratswahl bestimmte Hauptversammlung muß in gehöriger Form einberufen worden sein und in gehöriger Form beschließen (vgl. §§ 107—109). Als genügende Ankündigung des Tagesordnungspunktes im Sinne des § 108 würde genügen: „Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern". Es ist nicht erforderlich, daß die Zahl der zu Wählenden und deren Namen angekündigt werden [38]). Nach § 113 bedürfen Beschlüsse der Hauptversammlung grundsätzlich der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht Gesetz oder Satzung eine größere Mehrheit oder andere Erfordernisse vorschreiben. Sollte kein Kanditat Stimmenmehrheit erhalten, so ist Stichwahl zwischen den Kandidaten erforderlich, die die meisten Stimmen erhalten haben. Soweit es sich um Wahlen handelt, kann nach § 113, Abs. 2 die Satzung nicht bloß, wie nach Abs. 1, strengere Vorschriften machen, sondern kann auch erleichterte Bestimmungen bringen, kann z. B. vorschreiben, daß vom Erfordernis der Erreichung der absoluten Mehrheit der Stimmen abgesehen werden und relative Mehrheit entscheiden soll.

Das Verhältniswahlsystem darf die Satzung nicht einführen [39]), da diese Wahlform in ihrer Tendenz dem Geiste unseres Aktienrechts widerspricht. Der Aufsichtsrat soll nicht, in der Weise eines Parlamentes, die Vertreter gegeneinander gerichteter Interessen in sich vereinigen. Die gewählten Mitglieder sollen, jeder einzeln, das Gesamtinteresse der Gesellschaft und aller Aktionäre wahrnehmen [40]).

37) Schlegelberger, Anm. 4 zu § 87; Baumbach, Anm. 2 zu § 87; a. A. Danielcik, Anm. 2 zu § 87.

38) Goldschmit, S. 68.

39) Schlegelberger, Anm. 7 zu § 87; Brodmann, Anm. 2b zu § 243; a. A. Goldschmit, S. 69.

40) Nach schweizerischem Recht kann das Proportionalwahlverfahren zum Schutz der Minderheiten durch die Statuten eingeführt werden. So Egger, SJZ 34. Jahrg. S. 37, indem er dazu bemerkt, dies habe mit Politik nichts zu tun. Diese Aeußerung wird verständlich in Anbetracht der abfälligen Beurteilung, die Egger in seinem Aufsatz dem Deutschen AGes zuteil werden läßt. Er nennt es den „Typus eines polizeistaatlichen Gesetzes", das sich wie ein Polizeireglement lese; die Erweiterung der Macht des Vorstandes sei mit bestimmt durch politische Vorgänge. Egger ist, wie man aus diesen Aeuße-

Mit Vollziehung der Wahl ist der Gewählte zum Aufsichtsratsmitglied bestellt, aber noch nicht als Aufsichtsratsmitglied angestellt. Bestellungen und Anstellung sind scharf voneinander zu scheiden[41]). Die erstere ist ein sozialrechtlicher, einseitiger Akt der Gesellschaft, durch den sie sich ein Organ schafft, mit welchem sie praktisch nach außen hin ihre Handlungsfähigkeit ausüben kann. Die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied legt dem Bestellten keinerlei privatrechtliche Verpflichtungen auf, sondern verleiht ihm nur die Befähigung, als Organ tätig zu werden. Ob der Bestellte jemals von dieser Berechtigung Gebrauch macht — ja überhaupt Gebrauch machen kann —, ist unerheblich. Die Bestellung ist unabhängig davon, ob sie dem Bestellten mitgeteilt wird[42]), es bedarf auch, ganz wie bei einer Bevollmächtigung, keiner ausdrücklichen oder schlüssigen Annahme der Organschaft seitens des Bestellten.

Zur Anstellung kommt es erst durch Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses, und zwar eines Auftrages oder eines Dienstvertrages, je nachdem, ob unentgeltliche oder entgeltliche Arbeitsleistung vereinbart wird. Nur auf dem Grunde dieses von der Organstellung unabhängigen kausalen Ausstellungsverhältnisses beruht die Pflicht des Aufsichtsratsmitgliedes, Arbeitsleistungen für die Gesellschaft vorzunehmen und hierauf beruht auch, wenn ein Dienstvertrag und kein Auftrag vorliegt, der Anspruch auf Vergütung[43]).

Damit der Arbeitsvertrag wirksam wird, ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Bestellten erforderlich. Die ausdrückliche Erklärung ist grundsätzlich dem Vorstand gegenüber abzugeben. Sollte der Bestellte bei der Wahl in der Hauptversammlung anwesend sein und in ihr die Erklärung abgeben, daß er Aufsichtsratsmitglied werden wolle, so liegt einer der

rungen ersehen kann, auch heute noch in dem Wahn begriffen, daß eine Sonderung zwischen Recht und Politik möglich sei; er will es nicht wahrhaben, daß das Recht stabilisierte Politik ist. Deshalb glaubt er, sich dagegen verwahren zu müssen, das Aktienrecht nach politischen Grundsätzen zu gestalten, wenn er das Verhältniswahlsystem für zulässig erklärt bei der Wahl der Verwaltung durch die Generalversammlung.

41) Vgl. Molitor, S. 46 ff.

42) So Feine, S. 470 bez. des Geschäftsführers einer G. m. b. H.; dagegen hält Molitor, S. 46, die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes einer AG für einen empfangsbedürftigen Akt.

43) Vgl. Feine, S. 561.

Ausnahmefälle vor, in denen, ohne Eintreten des Vorstandes, ein Rechtsgeschäft unmittelbar von der Gesellschaft abgeschlossen wird. Nicht zu billigen ist die Auffassung, daß in diesem Falle neben Vorstand und Aufsichtsrat als drittes Organ die Hauptversammlung in Funktion tritt[44]).

Niemand ist verpflichtet, nachdem er gewählt worden ist, mit der Gesellschaft einen Dienstvertrag oder Auftragsvertrag abzuschließen; eine Bestimmung der Satzung, die eine solche Pflicht für Aktionäre aufstellt, ist nichtig, da sie gegen den Grundsatz verstößt, daß dem Aktionär keine anderen als die in den §§ 49 und 50 genannten Verpflichtungen auferlegt werden dürfen[45]).

Während das AGes in § 85 die Bestellung von Stellvertretern der Vorstandsmitglieder ausdrücklich für zulässig erklärt, hat es über die Stellvertretung von Aufsichtsratsmitgliedern nichts bestimmt. Es geht nicht an, aus dem Schweigen des Gesetzes ohne weiteres auf Unzulässigkeit zu schließen. Die Stellvertreter widersprechen nicht der Natur der Aufsichtsratsstellung, weshalb wir sie für zulässig halten müssen[46]). Ein Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Ansicht kann aus dem Aufsichtsratsgesetz[47]), welches in § 4 die Wahl von Ersatzmännern für die vom Betriebsrat entsandten Mitglieder zuließ, entnommen werden. Von einer Abwälzung der Verantwortlichkeit seitens des ordentlichen Mitglieds kann nicht gesprochen werden, denn das stellvertretende Mitglied kann nur amtieren, wenn und solange das ordentliche an der Amtsausübung behindert ist. Zu prüfen, ob dieser Tatbestand vorliegt — Interessenwiderstreit, Erkrankung, Ausscheiden usw. — ist nicht Sache dritter Personen; der Gesellschaft gegenüber hat freilich das stellvertretende Mitglied die Verpflichtung, nur unter der Voraussetzung tätig zu werden, daß ein Behinderungsfall wirklich vorliegt. Auch in den Fällen, in denen das Gesetz vorschreibt, daß alle Mitglieder des Aufsichtsrats tätig zu sein haben, wie z. B. bei der Anmeldung der

44) Brodmann, Anm. 3a zu § 243; RGZ 63, 203; vgl. Feine wegen des gleichen Falls für die G. m. b. H. in Ehrenbergers Handbuch, III. Bd., 3. Abt., S. 504.

45) Schlegelberger, Anm. 9 zu § 87; Goldschmit, S. 75.

46) Schlegelberger, Anm. 20 zu § 86.

47) Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat v. 15. Februar 1922. Es ist für unsere Betrachtung unerheblich, daß es inzwischen wieder aufgehoben ist.

AG zur Eintragung in das Handelsregister nach § 28, dürfen die stellvertretenden Mitglieder nur tätig werden, wenn bei den ordentlichen Verhinderung vorliegt[48]). Ebensowenig wirken sie bei der Prüfung der Gründung und der Erstattung des Prüfungsberichts mit. Allerdings sind sie mitzuzählen bei den gesetzlichen Höchstzahlen des § 86; würde man das nicht tun, dann würden diese Bestimmungen gänzlich wertlos gemacht werden können; es könnte jemand, der bereits 10mal Aufsichtsratsmitglied ist, weitere Aufsichtsratsposten übertragen erhalten, und es könnte die einzelne Gesellschaft einen Aufsichtsrat von mehr als 7, 12 oder 20 Köpfen wählen. Bei Feststellung der Mindestzahl ist das stellvertretende Mitglied nicht mitzurechnen, denn es besetzt ja nicht eine Stelle, sondern hat nur eine Stelle zu vertreten. Die Gesellschaft hat also keinen ordnungsmäßigen Aufsichtsrat, wenn z. B. nur 2 ordentliche und 1 stellvertretendes Mitglied vorhanden sind.

§ 6. Die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern.

Es war bereits bisher alltäglich, daß Aktiengesellschaften bestimmten Großaktionären oder Aktionärgruppen das Recht einräumten, zur Wahrung ihrer Belange Personen in den Aufsichtsrat zu wählen. Es handelte sich hierbei nicht um Wahlabreden der Aktionäre unter sich, sondern um Vereinbarungen zwischen Aktionärsgruppen und der Gesellschaft. Die rechtliche Zulässigkeit derartiger Abreden war bestritten, ein wirtschaftliches Bedürfnis in dieser Beziehung war jedoch und ist auch heute noch anzuerkennen. Besonders bedeutsam wird die Frage für staatliche Regiebetriebe und für gemischtwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmungen[49]), ferner zur praktischen Ausgestaltung der Zusammenarbeit der AG mit einer Bank.

48) So Goldschmit, S. 76; a. A. Schlegelberger, Anm. 20 zu § 87, mit der Begründung, auch die stellvertretenden Mitglieder seien wirkliche Mitglieder.

49) Vgl. von Breska, Bankarchiv XXXVII, S. 156. — In der Schweizerischen Juristen-Zeitung, 32. Jahrg. (1935/36), S. 25 bedauert Wertheimer, daß der deutsche Gesetzgeber sich nicht habe entschließen können, eine Haftung der Korporationen für die von ihnen entsandten Mitglieder vorzuschen.

Die bisherige praktische Rechtsübung wird nunmehr durch § 88 gesetzlich sanktioniert. Hiernach kann die Satzung bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.

Man hat bewußt davon abgesehen, einer Aktionärsminderheit, etwa einem Zehntel des Grundkapitals, ein Entsendungsrecht zu geben. Das wäre ein Wiederaufleben des Gedankens der Proportionalwahl, der heute überwunden ist[50]). In der Schweiz ist auf Grund des Artikels 708 OR Proportionalwahl zum Verwaltungsrat möglich[51]). Es heißt dort in den neu eingeschobenen Absätzen 4 und 5: „Bestehen mehrere Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung, so ist durch die Statuten jeder Gruppe die Wahl wenigstens eines Vertreters in die Verwaltung zu sichern. Wenn ein Verwaltungsratsausschuß besteht, haben wichtige Gruppen auch Anspruch auf eine Vertretung in diesem. Die Statuten können zum Schutze von Minderheiten oder einelner Gruppen von Aktionären weitere Bestimmungen über die Wahlart aufstellen."

Auch im sonstigen Ausland ist vielfach Proportionalwahl statutenmäßig vorgeschrieben[52]).

Nach deutschem Aktienrecht ist zum Schutz der Aktionäre das Entsendungsrecht mit verschiedenen Einschränkungen versehen. Zunächst ist unbedingt notwendig, daß es in der Satzung festgelegt ist, nur sie kann die Grundlage dafür schaffen. Es kann nicht etwa durch den Beschluß eines Organs begründet werden. Enthält die Satzung keine Bestimmung und soll einem Aktionär ein Entsendungsrecht gegeben werden, so bedarf es einer Satzungsänderung. Die Satzung darf auch nicht die Bestimmung des Entsendungsberechtigten auf den Vorstand oder Aufsichtsrat übertragen. Sie muß den Entsendungsberechtigten der Person nach (Persönliches Entsendungsrecht) oder den Aktien nach (Inhaberentsendungsrecht) bestimmt bezeichnen[53]).

Es ist unerläßlich, daß der Entsendungsberechtigte Aktionär ist.

50) Kißkalt, ZAkad. 1935, S. 251.

51) Vgl. Fehr, ZHR, 104. Bd. (1937), S. 82, 83; Egger, SJZ, 34. Jahrg., S. 37.

52) Brodmann, Anm. 2b zu § 243.

53) Schlegelberger, Anm. 4 zu § 88; Baumbach, Anm. 2 zu § 88; Danielcik, Anm. 2 und 3 zu § 88.

Der Entsandte braucht nicht Aktionär zu sein, es sei denn, daß die Satzung dies ausdrücklich vorschriebe, denn sie kann, ebenso wie für die gewählten Mitglieder, für die Entsandten besondere Voraussetzungen in persönlicher Hinsicht verlangen, z. B. männliches Geschlecht oder deutsche Staatsangehörigkeit. Das persönliche Entsendungsrecht ist nicht übertragbar und erlischt mit Veräußerung der Aktien; es lebt im Zweifel bei Neuerwerb von Aktien nicht wieder auf [54]). Das Inhaberentsendungsrecht ist nicht an eine bestimmte, natürliche oder juristische Person, sondern an die Aktie geknüpft. Mit Uebertragung der Aktie geht es auf den Erwerber über. Um zu verhindern, daß unerwünschte Personen in den Aufsichtsrat eindringen, hat der Gesetzgeber in § 88, Abs. 2 vorgeschrieben, daß das Inhaberentsendungsrecht nur dem Inhaber solcher Aktien eingeräumt werden kann, die auf den Namen lauten und deren Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Der Entsendungsberechtigte muß der AG bekannt sein, damit sie nicht unter den Einfluß anonymer Kräfte gerät.

Die Zustimmung zur Uebertragung steht dem Vorstand zu, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Es besteht die Möglichkeit, in der Satzung anzuordnen, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf (§ 61, Abs. 3, Satz 2 und 3).

Die Aktien, die mit einem Inhaberentsendungsrecht ausgestattet sind, gelten nach der Vorschrift des § 88. Abs. 3 nicht als besondere Gattung. Ohne diese ausdrückliche Vorschrift müßten sie nach § 11 als Aktien besonderer Gattung angesehen werden und in verschiedenen Fällen, z. B. in den Fällen des § 149, Abs. 2 und des § 175, Abs. 2, gesondert abstimmen. Das wäre nachteilig für die Gesellschaft [55]).

Das Entsendungsrecht ist unentziehbar; es kann dem Berechtigten nur mit seiner Zustimmung oder durch Satzungsänderung genommen werden [56]).

Die Ausübung des Entsendungsrechts geschieht durch Erklärung gegenüber dem Vorstand. Wird es nicht ausgeübt, so bleibt der

54) Schlegelberger, Anm. 6 zu § 88.
55) Schlegelberger, Anm. 12 zu § 88.
56) Baumbach, Anm. 2 zu § 88.

Aufsichtsratssitz unbesetzt und kann auch nicht durch die Hauptversammlung besetzt werden.

Der Gesetzgeber hat die Gesamtzahl der zu entsendenden Mitglieder nach oben begrenzt: sie darf den dritten Teil aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen (§ 88, Abs. 1, Satz 2). Das ist in der Erwägung geschehen, daß der Charakter des Aufsichtsrats als Vertrauensorgan aller Aktionäre nicht beseitigt werden soll; die gewählten Mitglieder sollen in ihm die Oberhand haben. Die Begrenzung der Zahl ist daher zwingendes Recht. Werden mehr als ein Drittel aller Mitglieder in den Aufsichtsrat entsandt, so ist die Bestellung der übrigen und zwar der bei der Ausübung des Entsendungsrechts zuletzt genannten, nichtig [57]). Bei Feststellung des Verhältnisses 1 : 2 ist es gleichgültig, ob die satzungsmäßig vorgesehenen Mitglieder alle gewählt sind; es kommt nicht auf die tatsächliche Besetzung, sondern nur auf die richtige satzungsmäßige Festlegung des Zahlenverhältnisses an [58]).

Die entsandten Mitglieder haben genau dieselbe Dienststellung wie die gewählten. Es gelten für sie alle Vorschriften des AGes mit Ausnahme des § 87. Zu erörtern ist nur der Umstand, daß sie in einen Interessenkonflikt kommen können. Ihre Entsendung erfolgt ja zu dem Zwecke, die Belange der Entsendungsberechtigten wahrzunehmen. Diese können mit den Belangen der Gesellschaft in Widerspruch stehen. In einem solchen Falle muß das Wohl der Gesellschaft den Vorrang haben, denn der gesamte Aufsichtsrat soll die Interessen aller Aktionäre wahrnehmen. Einen solchen Gewissenskonflikt darf das entsandte Mitglied nicht anders lösen, als durch Niederlegung seines Amtes; es darf keineswegs seine Verpflichtungen gegenüber den Entstehungsberechtigten höher stellen als seine Verpflichtung, als Aufsichtsratsmitglied die Belange der Gesellschaft wahrzunehmen [59]). Handelt es zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Sonderinteressen zum Schaden der AG, so ist es, zusammen mit dem Entsendungsberechtigten, nach § 101 schadensersatzpflichtig.

Im Gegensatz zu den gewählten Mitgliedern stehen die entsandten in keinem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, sondern

57) Danielcik, Anm. 5 zu § 88.
58) Schlegelberger, Anm. 10 zu § 88.
59) Schlegelberger, Anm. 13 zu § 88; Baumbach, Anm. 2 zu § 88.

nur zum Entsendungsberechtigten. Es liegt hier entweder ein Auftrag oder ein Dienstvertrag vor.

Nicht behandelt ist bisher in der Literatur die Frage, ob der Entsendungsberechtigte sich selber zum Aufsichtsratsmitglied benennen darf. Sie wird ohne weiteres zu bejahen sein, da irgendwelche gesetzliche Vorschriften dem nicht entgegenstehen und auch etwas Sittenwidriges darin nicht erblickt werden kann.

In der Schweiz bestimmt der neue Artikel 762 OR, daß bei Unternehmungen, an denen Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde, ein öffentliches Interesse besitzen, der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden kann, Vertreter in die Verwaltung abzuordnen und zwar auch dann, wenn sie nicht Aktionär ist. Der Körperschaft steht dann auch allein das Recht der Abberufung zu.

§ 7. Die gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern.

Das HGB hatte keine Vorschrift, wonach das Gericht Aufsichtsratsmitglieder bestellen konnte[60]). Wenn eine solche nun in das AGes aufgenommen worden ist, so beruht das auf der Erwägung, daß ein handlungsfähiger Aufsichtsrat unbedingt für das Leben der AG notwendig ist. § 89 bestimmt deshalb, daß das Gericht, wenn dem Aufsichtsrat länger als 3 Monate weniger als die zur Beschlußfähigkeit nötige Zahl von Mitgliedern angehören, auf Antrag des Vorstandes, eines Aufsichtsratsmitgliedes oder eines Aktionärs, den Aufsichtsrat auf diese Zahl zu ergänzen hat.

Die gerichtliche Bestellung erfolgt niemals von Amts wegen. Verpflichtet zur Stellung des Antrages ist nur der Vorstand, denn es ist dessen Aufgabe, dafür zu sorgen, daß die AG nicht ohne die notwendigen Verwaltungsträger ist. Er kann durch Ordnungsstrafen nach § 303, Abs. 1 zur Antragstellung angehalten werden, macht sich bei Unterlassung der Antragstellung gemäß § 84 schadensersatzpflichtig und kann auch nach § 297, Nr. 1 kriminell bestraft werden.

60) Soweit es sich um die Vertretungsfunktion handelte, nicht dagegen hinsichtlich der Ueberwachungsfunktion, bestand für dringende Fälle die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 29 BGB (so Goldschmit, S. 67).

Die Bestellung erfolgt durch Beschluß des Amtsgerichts (§ 145 FGG) und wird wirksam durch Bekanntmachung an die AG (§ 16 FGG).

Das Gericht hat von Amts wegen festzustellen, ob der Tatbestand des § 89 wirklich vorliegt, ob also die zur Beschlußfähigkeit nötige Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht vorhanden ist und ob dieser Zustand bereits länger als 3 Monate dauert. Weder das HGB noch das AGes enthalten Bestimmungen über die Frage, wann der Aufsichtsrat beschlußfähig ist. Der unter der Herrschaft des HGB bestehende Streit hat demnach auch noch für die Auslegung des AGes Interesse. Nach der einen Auffassung [61]) soll es zum Zustandekommen eines rechtswirksamen Aufsichtsratsbeschlusses genügen, wenn nur ein Mitglied anwesend ist, vorausgesetzt, daß alle Mitglieder ordnungsmäßig geladen sind und ihnen die Tagesordnung mitgeteilt ist. Nach der anderen Auffassung [62]) ist für die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats die Anwesenheit von mindestens 3 Mitgliedern erforderlich. Dieser letzteren Auffassung ist beizutreten, weil aus § 86 zu entnehmen ist, daß das Gesetz einen kollegialen Aufsichtsrat wünscht, der mit mindestens 3 Mitgliedern besetzt ist. Zuzugeben ist allerdings, daß sich diese Vorschrift nur mit der Art der Zusammensetzung befaßt und ausdrücklich über die Art und Weise, wie der Aufsichtsrat seine Beschlüsse zu fassen hat, nichts bestimmt. Es würde jedoch dem Sinn dieser Vorschrift widersprechen, wollte man, wie es die Gegenmeinung tut, die allgemeinen Vorschriften der §§ 28 und 32 BGB heranziehen und zu dem Ergebnis kommen, daß eine Beschlußfähigkeit in einer Aufsichtsratssitzung vorhanden sei, wenn zu ihr weniger als 3 Mitglieder erschienen sind.

Selbstverständlich kann nun die Satzung Vorschriften über die Beschlußfähigkeit treffen; sie kann die Zahl derer, die zur Beschlußfähigkeit nötig sind, erhöhen, aber auch vermindern [63]).

Eine Bestellung durch das Gericht nach § 89 ist somit, wenn die Satzung keine Bestimmungen über Beschlußfähigkeit enthält,

61) Goldschmit, S. 320; RGZ Bd. 82, S. 386 (auf die G. m. b. H. bezüglich); Lenze, S. 41.

62) Staub, Anm. 14 zu § 246; Schlegelberger, Anm. 22 zu § 92; Baumbach, Anm. 1 zu § 89; Danielcik, Anm. 2 zu § 89.

63) Staub, Anm. 14 zu § 246.

möglich, wenn weniger als 3 Aufsichtsratsmitglieder vorhanden sind; enthält die Satzung Bestimmungen, so kann das Gericht Mitglieder bestellen, wenn eine geringere als die von der Satzung bestimmte Zahl vorhanden ist.

Nicht nur, wenn zu wählende Mitglieder fehlen, sondern auch bei Fehlen von entsandten kann gerichtliche Bestellung erfolgen [64]).

Auch die bestellten Mitglieder haben die gleiche Stellung wie die gewählten.

Durch die gerichtliche Bestellung ist jedoch der Bestellte noch nicht in ein Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft gekommt, kein Auftrag. Die Gesellschaft hat also dem bestellten einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Es handelt sich hier um dieselbe Erscheinung, wie beim Zustandekommen eines Zwangsmietvertrages oder eines Arbeitsvertrages mit einem Schwerbeschädigten auf Grund der diesbezüglichen gesetzlichen Zwangsvorschriften. In der Regel wird es ein Dienstvertrag sein, der zustande kommt, kein Auftrag. Die Gesellschaft hat also dem bestellten Mitglied und zwar auch dann, wenn es an Stelle eines zu entsendenden Mitgliedes bestellt ist, eine Vergütung zu zahlen, denn gerade im Falle der gerichtlichen Bestellung wird zu vermuten sein, daß die Tätigkeit nicht unentgeltlich ausgeübt werden soll [65]). Die Vergütung gilt dann gemäß § 612 GBG als stillschweigend vereinbart. Eine Festsetzung der Vergütung durch das Gericht in ähnlicher Weise wie beim Vormund und Konkursverwalter kann in Anbetracht des Schweigens des Gesetzes nicht erfolgen.

Eine Pflicht des bestellten Mitgliedes zur Annahme des Amtes besteht nicht; sie kann auch für Aktionäre nicht durch die Satzung begründet werden.

§ 8. Die Bestellung des ersten Aufsichtsrats.

Die dritte Ausnahme von dem Grundsatze, daß die Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung gewählt werden, ist die, daß bei der Einheitsgründung der erste Aufsichts-

64) Schlegelberger, Anm. 2 zu § 89.

65) Für gewählte Mitglieder leugnet R. Fischer, Ehrenbergs Handbuch, III, 1, S. 241, das Bestehen einer Vermutung, daß das Mitglied nur gegen Entgelt tätig sein wolle; vgl. ferner Schlegelberger, Anm. 6 zu § 89.

rat durch die Gründer bestellt wird. Goldschmit [66]) nennt das eine scheinbare Ausnahme, denn er bezeichnet die Gründer als die „vollbesetzte Generalversammlung". Eine solche ist doch aber vor Eintragung der AG in das Handelsregister in Wirklichkeit noch nicht vorhanden.

Die Vorschriften des § 23, wonach die Gründer den ersten Aufsichtsrat bestellen und diese Bestellung der öffentlichen Beurkundung bedarf, stimmen mit dem bisherigen Recht überein (§ 190 HGB). Das Gesetz trifft schon vor der Entstehung der AG Vorsorge, daß die Verwaltungsträger — auch der Vorstand ist jetzt schon und zwar durch den Aufsichtsrat zu bestellen — vorhanden sind, um die Interessen der künftigen AG wahrzunehmen, nicht zuletzt gegenüber den Gründern, deren Interessen nicht immer mit denen der AG übereinstimmen [67]).

Bestellen die Gründer keinen Aufsichtsrat, können sie ihn etwa deshalb nicht bestellen, weil niemand Mitglied werden will, so erfolgt die Bestellung nicht etwa durch das Gericht gemäß § 89, sondern es tritt dann nur die Folge ein, daß die Gesellschaft nicht eingetragen werden kann [68]). Eine Erzwingung zur Anmeldung durch Ordnungsstrafen ist in § 303, Abs. 2 ausdrücklich für unzulässig erklärt; der Staat hat kein Interesse daran, daß die AG überhaupt entsteht. Somit darf auch kein Zwang in der Richtung ausgeübt werden, daß die formalen Voraussetzungen für die Entstehung, wozu u. a. die Bildung eines Aufsichtsrats gehört, geschaffen werden. Sind sie nicht vorhanden, so kann die für die Entstehung notwendige Anmeldung nicht erfolgen (§§ 28, 34).

In der Regel werden die Gründer die Bestellung des ersten Aufsichtsrats gleichzeitig mit der Feststellung der Satzung und der Uebernahme aller Aktien vornehmen [69]). Die Bestellung kann aber auch in einer späteren besonderen Verhandlung, für die ebenfalls die Form der öffentlichen Beurkundung zu wahren ist, erfolgen.

Durch die Bestellung zum Mitglied des ersten Aufsichtsrats ist noch kein Vertragsverhältnis zustande gekommen. Auch hier bedarf es wieder eines Ausstellungsvertrages, der Auftrag oder

66) S. 63.
67) Brodmann, Anm. 1 a zu § 190.
68) Staub, Anm. 4 zu § 190.
69) Schlegelberger, Anm. 3 zu § 23.

Dienstvertrag sein kann. Es ist unrichtig, aus der Vorschrift des § 98, Ab. 2, wonach den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats nur durch die Hauptversammlung eine Vergütung bewilligt werden kann, zu schließen, daß immer nur ein Auftrag vorläge und niemals ein Dienstvertrag. An der Hand des § 612 BGB ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die Tätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich ausgeübt werden sollte. Ist das erstere anzunehmen, so haben die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats zumindest gegen die Gründungsgesellschaft einen Anspruch auf Vergütung, zumal ja auch der Fall denkbar ist, daß die AG nie zur Entstehung gelangt. § 98, Abs. 2 hat nur den Sinn, daß zu Lasten der AG durch niemanden anders als durch die Hauptversammlung eine Vergütung soll versprochen werden darf[70]).

Die Mindest- und Höchstzahlen des § 86 sind auch für den ersten Aufsichtsrat zu beachten. Auch das Entsendungsrecht des § 88 kann für ihn schon ausgeübt werden[71]).

Nur bei der Einheitsgründung bestellen den ersten Aufsichtsrat die Gründer, bei der Stufengründung geschieht dies durch die nach der Zeichnung des Grundkapitals von den Gründern einzuberufende Hauptversammlung.

§ 9. Die Amtsdauer der Aufsichtsratsmitglieder.

1. Die Amtsdauer der gewählten Mitglieder.

Die Hauptversammlung kann den Aufsichtsrat auf eine beliebig kurze Zeit wählen, nicht aber auf eine beliebig lange Zeit, da § 87, Abs. 1, Satz 2 in Uebereinstimmung mit § 243, Abs. 3 HGB zwingend eine Höchstdauer der Amtsperiode anordnet: kein Aufsichtsratsmitglied kann für längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung gewählt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, wobei das Geschäftsjahr, in dem gewählt wird, nicht mitgerechnet wird[72]).

70) Richtig Brodmann, Anm. 5 a zu § 245; unrichtig Cahn, S. 23.

71) Schlegelberger, Anm. 4 zu § 23.

72) In der Schweiz wählt die Generalversammlung die Mitglieder der Verwaltung das erste Mal auf höchstens drei und später auf höchstens sechs Jahre (Art. 708, Abs. 1 OR). — In Japan werden die Aufsichtsratsmitglieder auf höchstens 2 Jahre gewählt (Hamburger in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch, Bd. 2, S. 88).

Die Amtsperiode umfaßt danach höchstens den Zeitraum, der sich zusammensetzt aus der Zeit von der Wahl bis zum Ende des damals laufenden Geschäftsjahres, den folgenden vier Geschäftsjahren und der Zeit des nunmehr folgenden fünften Geschäftsjahres, die bis zur Beendigung der Hauptversammlung vergeht, in welcher über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr beschlossen wird. Mit Ablauf dieser gesetzlichen Wahlperiode scheidet das Mitglied ohne weiteres aus. Ist es für einen kürzeren Zeitraum gewählt, so verliert es seine Mitgliedschaft mit Ablauf dieses ebenfalls ohne weiteres. Ist es über die gesetzlich zulässige Höchstgrenze hinaus gewählt, so ist seine Wahl nicht gänzlich nichtig, sondern nur für die die Höchstgrenze überschreitende Zeit, so daß es mit Ablauf der Höchstgrenze ohne weiteres sein Amt verliert, auch wenn eine Neuwahl noch nicht stattgefunden haben sollte, und auch dann, wenn der Aufsichtsrat beschlußunfähig wird [73]).

Die Amtsperiode braucht nicht für alle Mitglieder die gleiche zu sein und braucht auch nicht gleichmäßig zu laufen. In der Praxis ist es sogar üblich [74]), daß die Mitglieder turnusmäßig ausscheiden. Mochte man auch unter der Herrschaft des HGB wegen des in § 243, Abs. 3 gebrauchten Ausdrucks „der Aufsichtsrat" gegen diese Auffassung Bedenken haben, so kommen diese heute nicht mehr in Frage, da § 87, Abs. 1, Satz 2 von „Aufsichtsratsmitglied" spricht.

Da das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsrat vom Vertrauen der Aktionäre in die einzelnen Mitglieder, aus denen er besteht, getragen sein soll, so ist es folgerichtig, daß das Gesetz der Hauptversammlung das Recht gibt, vor Ablauf der Wahlzeit die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied zu widerrufen (§ 87, Abs. 2). Wenn die Aktionäre das Vertrauen zu den von ihnen gewählten Mitgliedern verloren haben, dann müssen sie auch in der Lage sein, das Vertrauen entziehen zu können Auch bei Gefahr in Verzug steht das Widerrufsrecht ausschließlich der Hauptversammlung zu, es darf weder der Vorstand noch der Aufsichtsrat die Abberufung oder auch nur eine

73) Brodmann, Anm. 5 zu § 243; Goldschmit, S. 88, 89; Staub, Anm. 6 zu § 243; Schlegelberger, Anm. 14 zu § 87.

74) Baumbach, Anm. 3 B zu § 87; Tremblau, S. 9; Goldschmit, S. 89; vgl. weiter amtl. Begründung zu § 87.

vorläufige Suspendierung vom Amt aussprechen. Satzungsbestimmungen, die das gestatten, sind nichtig (§ 134 BGB), denn § 87, Abs. 2, Satz 1 ist zwingendes Recht[75]). Ebensowenig darf die Satzung den Widerruf einschränkend an gewisse Tatbestände knüpfen, also etwa wichtige Gründe formulieren, die allein den Widerruf rechtfertigen sollen.

Für den Widerrufsbeschluß der Hauptversammlung schreibt § 87, Abs. 2, Satz 2 eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen vor. Das ist eine Abweichung von der früheren Bestimmung des § 243, Abs. 4, Satz 2, wonach der Beschluß 75 % des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erforderte. Nach dem heutigen Recht soll die Abberufung nicht von einer Kapitalmehrheit, sondern von einer Stimmenmehrheit abhängig sein. Dies ist ein Fall, wo heute die Mehrstimmrechte zur Auswirkung kommen. Die Satzung kann aber eine Kapitalmehrheit oder eine andere Stimmenmehrheit, und zwar sowohl eine höhere als auch eine niedrigere als die gesetzlich vorgeschriebene, anordnen, sie kann auch noch andere Erfordernisse aufstellen (§ 87, Abs. 2, Satz 3), etwa beide Mehrheiten verlangen oder bestimmen, daß nur bei wichtigem Grunde die einfache Mehrheit genügt[76]). Immer muß es aber eine Mehrheit sein, welche die Satzung vorschreibt, wie der Wortlaut des Satz 3 ergibt. Die Aufstellung „anderer Erfordernisse" im Sinne dieser Vorschrift bezieht sich nur auf die nähere Festlegung der Mehrheit, nicht etwa auf den Widerruf überhaupt, so daß es, wie oben ausgeführt, unzulässig ist, in der Satzung die Voraussetzung für den Widerruf tatbestandsmäßig festzulegen.

Mit dem Widerruf erlischt nicht nur das Amt des Aufsichtsrats, sondern zugleich auch das Dienstverhältnis und damit der etwaige Anspruch auf weitere Vergütung[77]). Das ist zwar bestritten, aber herrschende Meinung[78]).

75) Staub, Anm. 8 zu § 243; Schlegelberger, Anm. 19 zu § 87.

76) Baumbach, Anm. 4 zu § 87.

77) Anders ist es mit der Abberufung der Vorstandsmitglieder. Vgl. hierüber S. 76.

78) Brodmann, Anm. 6 a zu § 243; Staub, Anm. 8 zu § 243; Baumbach, Anm. 4 A zu § 87; Schlegelberger, Anm. 24 zu § 87; Danielcik, Anm. 5 zu § 87; Cahn, S. 100; RGZ. Bd. 68, S. 223; R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abt., S. 242.

Dies ist zu schließen aus dem Fehlen einer ähnlichen Bestimmung, wie sie in § 52, Abs. 1 HGB und § 75, Abs. III, Satz 5 AGes enthalten ist. Maßgebend ist auch die Erwägung, daß die Hauptversammlung bei ihrer Beschlußfassung nicht durch die Befürchtung gehemmt werden darf, die vielfach recht hohe Tantieme Jahre hindurch trotz künftiger Untätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds fortzahlen zu müssen. Eine derartige Aussicht würde oft die Haup tversammlung in ihrer wünschenswerten Entschließungsfreiheit beeinträchtigen, so daß der mit § 87, Abs. 2, Satz 1 angestrebte gesetzgeberische Zweck nicht oder nicht voll erreicht werden würde.

Außer durch Widerruf kann eine vorzeitige Beendigung der Amtsperiode durch Niederlegung des Amtes erfolgen. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche möglich ist, richtet sich nach den Vorschriften des BGB. Liegt Auftrag vor, so kann das Mitglied jederzeit ohne weiteres das Amt niederlegen, vorbehaltlich allerdings der Ersatzpflicht bei Niederlegung zur Unzeit ohne wichtigen Grund (§ 671 BGB)[79]. Liegt Dienstvertrag vor, so kann regelmäßig die Niederlegung nur bei wichtigem Grunde gemäß § 626 BGB erfolgen, ohne einen solchen, wenn der Tatbestand des § 627 erfüllt ist[80]. Das Niederlegungsrecht kann durch die Satzung geregelt werden, und zwar sowohl in erschwerender wie in erleichternder Weise, jedoch nicht so, daß die Niederlegung wegen wichtigen Grundes ausgeschlossen wird[81].

Rechtswidrige Niederlegung ist unwirksam, der Niederlegende bleibt Aufsichtsratsmitglied. Sollte die Hauptversammlung eine solche Niederlegung genehmigen, so widerruft sie damit[82]. Ein weiterer vorzeitiger Endigungsgrund der Amtsperiode ist das Wegfallen der für die Mitgliedschaft notwendigen persönlichen Eigenschaften. Ohne weiteres erlischt das Amt allerdings nur, wenn es vom Gesetz vorgeschriebene persönliche Eigenschaften sind, die wegfallen, also wenn etwa das Mitglied aus irgendeinem Grunde entmündigt wird. Wegfall satzungsgemäßer persönlicher Eigenschaften, also etwa Verlust der

79) Heinsheimer, S. 90, Anm. 3; Cahn, S. 97.

80) Eine erschöpfende Behandlung der hierbei auftauchenden Einzelfragen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

81) Staub, Anm. 11 zu § 243; Schlegelberger, Anm. 30 zu § 87.

82) Baumbach, Anm. 4 B zu § 87.

deutschen Staatsangehörigkeit, bewirkt nicht das Erlöschen des Amtes, sondern berechtigt nur die Hauptversammlung zum Widerruf [83]).

Auflösung der Gesellschaft und Konkurs über ihr Vermögen beendigen das Amt des Aufsichtsratsmitgliedes nicht (vgl. § 205, Abs. 2, § 209, Abs. 3).

2. Die Amtsdauer der entsandten Mitglieder.

Die Entsendungsberechtigten dürfen die entsandten Mitglieder jederzeit abberufen und durch andere in entsprechender Zahl ersetzen (§ 88, Abs. 4, Satz 1). Dieses Abberufungsrecht ergibt sich daraus, daß die Entsandten Vertrauensmänner der Entsendenden, z. B. des Deutschen Reiches, sind. Soweit ein Inhaberentsendungsrecht besteht, ist es möglich, daß das Abberufungsrecht durch eine andere Person ausgeübt wird als durch die, die das Mitglied entsandt hat. Das Abberufungsrecht ist unentziehbar, es kann dem Entsendungsberechtigten durch die Satzung weder genommen noch beschränkt werden. Allerdings könnte sich der Entsendungsberechtigte durch Abmachungen mit dem Entsandten vertraglich gebunden haben, von seinem Abberufungsrecht nicht oder nur in gewissen Fällen Gebrauch zu machen [84]). Das berührt aber nur das Innenverhältnis zwischen diesen beiden Personen; die Abberufung ist auch dann wirksam, wenn sie in Widerspruch damit erfolgt.

Die Hauptversammlung kann eine Abberufung der entsandten Mitglieder nur vornehmen, wenn die Voraussetzungen des Entsendungsrechts weggefallen sind, und zwar mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 88, Abs. 5). Das ist z. B. der Fall, wenn die Satzung entsprechend geändert wird, oder wenn das Entsendungsrecht — ohne daß eine Satzungsänderung erfolgt — mit Zustimmung des Entsendungsberechtigten aufgehoben wird, oder wenn beim persönlichen Entsendungsrecht der Entsendungsberechtigte die Aktionärseigenschaft verliert. Es ist dies aber nicht der Fall, wenn beim Inhaberentsendungsrecht der bisherige Entsendungsberechtigte die Aktien veräußert, dann hat sich nur die Person des Entsendungsberechtigten geändert; es hat dann der

83) Vgl. unten S. 19.

84) Schlegelberger, Anm. 13 zu § 88.

Aktienerwerber das Abberufungsrecht und nicht die Hauptversammlung [85]).

Allein mit Wegfall der Voraussetzungen des Entsendungsrechts verliert das entsandte Mitglied noch nicht sein Amt. Es ist denkbar, daß die Hauptversammlung von dem ihr nunmehr zustehenden Abberufungsrecht niemals Gebrauch macht; die Amtsperiode kann dann Jahre hindurch dauern, obgleich ein Entsendungsrecht gar nicht mehr besteht, sie kann sogar länger dauern, als die der gewählten Mitglieder.

Es ist nun denkbar, daß sich das Zusammenarbeiten zwischen den entsandten Mitgliedern einerseits und den gewählten Mitgliedern und der Hauptversammlung andererseits äußerst schwierig gestaltet. Es ist da selbstverständlich jederzeit der Hauptversammlung unbenommen, die Bitte an die Entsendungsberechtigten zu richten, die Entsandten abzuberufen [86]). Wird dem nicht stattgegeben, so bleibt ihr der Weg, gemäß § 88, Abs. 4, Satz 2 mit einer Minderheit von 10 % des Grundkapitals beim Amtsgericht den Antrag zu stellen, das Mitglied abzuberufen, vorausgesetzt, daß ein wichtiger Grund in der Person des entsandten Mitgliedes vorliegt. Als solche Gründe kommen etwa in Frage: Unfähigkeit, Unmöglichkeit ersprießlichen Zusammenarbeitens, Verrat von Betriebsgeheimnissen, schwere Pflichtverletzungen. Immer muß es ein in der Person des Entsandten, nicht ein in der Person des Entsendungsberechtigten liegender Grund sein. Das Minderheitsrecht auf gerichtliche Abberufung darf durch die Satzung weder erschwert noch erleichtert werden.

Ob und unter welchen Voraussetzungen das entsandte Mitglied sein Amt niederlegen kann, bestimmt sich nach dem zwischen ihm und dem Entsendungsberechtigten bestehenden Vertragsverhältnis.

Nach dem Gesagten ergibt sich als Besonderheit für die Dauer der Amtsperiode der entsandten Mitglieder, daß sie sehr kurz, aber auch sehr lang sein kann. Es ist einerseits denkbar, daß der Entsandte schon nach ganz kurzer Zeit abberufen wird, andererseits kann er aber auch viele Jahrzehnte ununterbrochen

85) Schlegelberger, Anm. 20 zu § 89.
86) Baumbach, Anm. 3 zu § 88.

sein Amt bekleiden. Die Höchstdauer des § 87, Abs. 1, Satz 2 gilt nicht für die entsandten Mitglieder.

3. Die Amtsdauer der gerichtlich bestellten Mitglieder.

Während zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch das Gericht ein Antrag notwendig ist, erübrigt er sich bei der Abberufung. Von Amts wegen hat das Gericht die von ihm bestellten Mitglieder abzuberufen, wenn die Voraussetzungen der Bestellung weggefallen sind (§ 89, Abs. 2). Den Wegfall hat der Vorstand unverzüglich dem Gericht mitzuteilen[87]). Die Bestellung durch das Gericht ist nur eine Notmaßnahme; daher muß die Abberufung erfolgen, wenn die Not nicht mehr besteht. Das Amt der bestellten Mitglieder erlischt nicht etwa dadurch von selbst, daß die Hauptversammlung eine Wahl vornimmt oder der Entsendungsberechtigte sein Entsendungsrecht ausübt; die bestellten Mitglieder bleiben trotzdem neben den gewählten oder entsandten bis zur gerichtlichen Abberufung zunächst im Amt, selbst wenn dadurch die satzungsmäßige oder gesetzliche Zahl überschritten wird[88]). Dieser Zustand ist unbedenklich, da ja das Gericht alsbald zur Abberufung zu schreiten verpflichtet ist.

Für die bestellten Mitglieder gibt es ebensowenig wie für die entsandten eine gesetzliche Amtsperiode. Es ist denkbar, daß sie nur sehr kurze Zeit im Amte sind, aber auch ebenso denkbar, daß sie es Jahrzehnte hindurch sind. Die Hauptversammlung oder die Entsendungsberechtigten könnten ja mit ihnen so zufrieden sein, daß sie für lange Zeit auf eine Wahl oder Entsendung verzichten.

4. Die Amtsdauer der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats.

Der erste Aufsichtsrat steht unter dem Einfluß der Gründer, die ihn bestellen (§ 23, Abs. 1). Es ist wünschenswert, daß die Gesellschaft alsbald von dem Einfluß der Gründer befreit wird[89]). Deshalb ist in zwingender Weise die Amtsdauer

87) Baumbach, Anm. 1 zu § 89.

88) Schlegelberger, Anm. 5 zu § 89; Baumbach, Anm. 1 B zu § 89, ist der Meinung, daß bis zur Abberufung der bestellten Mitglieder die ordentlichen (neu gewählten oder entsandten) nicht tätig sein dürfen; wie Schlegelberger, anscheinend Danielcik, Anm. 4 zu § 89.

89) Staub, Anm. 5 zu § 243.

des ersten Aufsichtsrats gesetzlich festgelegt: sie endigt bei Beendigung der ersten Hauptversammlung, die nach Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Entlastung stattfindet (§ 87, Abs. 3). Die Satzung darf hieran nicht rütteln, darf die Amtsdauer also weder kürzer noch länger vorschreiben. Erfolgt eine mit der gesetzlichen Amtsdauer in Widerspruch stehende Bestellung durch die Gründer oder eine Wahl durch die Hauptversammlung, so ist zwar die Bestellung oder die Wahl nicht ungültig, sie gilt aber nur für die gesetzlich festgelegte Frist.

Zum ersten Aufsichtsrat gehören nicht nur die zuerst von den Gründern bestellten Mitglieder, sondern auch alle weiteren, die bei Abberufung oder Niederlegung an Stelle der ausgeschiedenen Mitglieder von den Gründern bestellt oder der Hauptversammlung gewählt werden. Ja sogar wenn alle ursprünglichen Mitglieder durch neue ersetzt sind, so bilden die an ihre Stelle tretenden Mitglieder immer noch den „ersten Aufsichtsrat“ [90]).

Findet die Hauptversammlung vor Ablauf eines Jahres seit der Registereintragung statt, so bleibt der erste Aufsichtsrat bestehen. Die Hauptversammlung, durch die der erste Aufsichtsrat sein Ende findet, muß eine solche sein, die zur Beschlußfassung über die Entlastung stattfindet; es genügt dazu nicht jede nach Ablauf eines Jahres stattfindende [91]). Gleichgültig ist es dagegen, ob in der zur Beschlußfassung über die Entlastung einberufenen Hauptversammlung auch wirklich über die Entlastung beschlossen wird [92]). Das Amt der Aufsichtsratsmitglieder endigt auch, wenn eine Beschlußfassung nicht zustande kommt und Vertagung erfolgt. Gegen die zum alten Recht bestehende entgegengesetzte herrschende Meinung spricht der Wortlaut des § 87, Abs. 3, der offenbar vom Gesetzgeber bewußt anders gefaßt ist als in Abs. 1, wo die Beendigung der Mitgliedschaft zum zweiten und zu den späteren Aufsichtsräten behandelt wird. Während Abs. 3 das Wort „stattfindet“ gebraucht, heißt es in Abs. 1 „beschließt“. Es kommt also — für den ersten Aufsichtsrat — nur

90) RGZ, Bd. 24, S. 57.
91) Unrichtig RGZ, Bd. 129, S. 180.
92) Schlegelberger, Anm. 36 zu § 87; Baumbach, Anm. 3 zu § 87.

auf das Stattfinden der Hauptversammlung, nicht auf ihren Entlastungsbeschluß an[93]).

Ein vorzeitiges Ende findet das Amt eines Mitgliedes des ersten Aufsichtsrats u. a. auch durch Widerruf, der von der Hauptversammlung ausgesprochen wird, wozu — im Gegensatz zum Widerruf des Amtes der Mitglieder eines zweiten und späteren Aufsichtsrats — einfache Stimmenmehrheit genügt (§ 87, Abs. 3, Satz 2). Diese Vorschrift ist zwingend, so daß die Satzung die Mehrheit nicht erhöhen kann. Das ergibt sich schon durch Umkehrschluß aus § 87, Abs. 2. Der gesetzgeberische Grund dafür, daß zwingend die einfache Mehrheit zum Widerruf genügt, liegt darin, daß der Einfluß der Gründer möglichst leicht soll ausgeschaltet werden können[94]).

Nach Schweizer Recht bestellt die Konstituierende Generalversammlung den Verwaltungsrat (Art. 635, Abs. 4 (neu). Es können aber auch für die ersten drei Jahre die Mitglieder des Verwaltungsrates durch die Statuten bezeichnet werden, die von den Gründern entworfen und von der Konstituierenden Generalversammlung beschlossen werden (Art. 708, Abs. 2, Art. 635, Abs. 4, Art. 629, Abs. 2 OR)[95]).

§ 10. Die Kundgabe der Namen der Aufsichtsratsmitglieder.

Eine Eintragung der Aufsichtsratsmitglieder in das Handelsregister findet nicht statt[96]). Es sind aber Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats in die Bekannt-

93) Unrichtig für das alte Recht Brodmann, Anm. 5 zu § 243, obgleich die Absätze 3 und 2 auch schon den offenbar gewollten Unterschied in der Ausdrucksweise „beschließt" und „abgehalten" zeigten.

94) Schlegelberger, Anm. 37 zu § 87.

95) Nach polnischem Aktienrecht ist die Amtsdauer der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats höchstens 1 Jahr (vgl. Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. 2, S. 828).

96) Irrtümlich nehmen dies Kißkalt, ZAkad 1934, S. 20, und Lenze, S. 49 an. Kißkalt bringt dieselbe falsche Behauptung noch einmal im Nationalsozialistischen Handbuch auf S. 1137. — In der Schweiz werden die Namen der Mitglieder der Verwaltung und der zur Vertretung berufenen Personen unter Angabe des Wohnorts und der Staatsangehörigkeit in das Handelsregister eingetragen (Art. 641 OR). Die zur Vertretung befugten Personen haben ihre Unterschrift beim Handelsregisteramt zu zeichnen (Art. 720 OR).

machung der Eintragung der AG (§ 10 HGB) aufzunehmen (§ 33, Abs. 1, Nr. 4). Weiter ordnet § 91 AGes, wie auch schon § 244 HGB an, daß der Vorstand jeden Wechsel der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzugeben und die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen habe. Die Vorschriften bezwecken, jedermann in die Lage zu versetzen, sich Kenntnis von der Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu verschaffen.

Nur ein Wechsel ist bekanntzugeben, also nicht eine Wiederwahl. Von den neu eintretenden Mitgliedern wird auch, obgleich das in § 91 nicht gesagt ist, in rechtsähnlicher Anwendung des § 33, Abs. 1, Nr. 4 der Stand und der Wohnort anzugeben sein.

Da § 91 schlechthin von Aufsichtsratsmitgliedern spricht, bezieht sich die Vorschrift in gleicher Weise auf die gewählten, die entsandten und die bestellten Mitglieder.

Da nach § 14 HGB auch die gesetzlich vorgeschriebene Einreichung von Schriftstücken durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann, so kann auch mittelbar die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern erzwungen werden [97]). Denn wenn es in § 91 heißt, daß die „Bekanntmachung" zum Handelsregister einzureichen ist, so bedeutet das, daß das die Bekanntmachung enthaltende Zeitungsblatt und nicht etwa bloß ein Entwurf für die Bekanntmachung einzureichen ist.

Die Bekanntmachung des Wechsels und ihre Einreichung zum Register haben keine rechtsbegründende Wirkung, gewähren auch gutgläubigen Dritten keinen Rechtsschutz [98]).

Mit diesen dem alten Recht entsprechenden Vorschriften über die Kundgabe der Namen der Aufsichtsratsmitglieder hat sich das AGes nicht begnügt. Die nationalsozialistische Rechts- und Wirtschaftsauffassung verlangt, daß die Persönlichkeiten, die der Oeffentlichkeit für die gute Verwaltung des in den Aktiengesellschaften zusammengeballten Volksvermögens verantwortlich sind, nicht im Hintergrund blei-

97) Baumbach, einzige Anm. zu § 91; Danielcik, Anm. 2 zu § 91.

98) Schlegelberger, Anm. 5 zu § 91; Danielcik, Anm. 2 zu § 91; Baumbach, einzige Anm. zu § 91; Brodmann, Anm. 1 zu § 244; a. M. Staub, Anm. 2 zu § 244; gänzlich abwegig Lenze, S. 49.

ben, sondern mit ihren Namen so weit wie möglich bekannt werden. Deshalb schreibt der neu geschaffene § 100 die sog. Geschäftsschreibenkundgabe vor. Es genügt nicht mehr, daß die leitenden Persönlichkeiten im Handelsregister eingetragen sind (die Vorstandsmitglieder) oder öffentlich bekanntgemacht werden (die Aufsichtsratsmitglieder), sondern es müssen fortan sämtliche Vorstandsmitglieder und der Vorsitzer des Aufsichtsrats mit den Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen auf allen Geschäftsbriefen angegeben werden. Jeder, der mit der AG in Verbindung steht, kann auf diese Weise ohne weitere Nachforschung ersehen, in wessen Händen die Geschicke der Gesellschaft liegen, der er sein Geld anvertraut oder mit der er Geschäfte abschließen will[99]).

Die Anordnung der Geschäftsschreibenkundgabe hat bereits in England ein Vorbild, wo Art. 145 der Companies Act von 1929 recht eingehende Angaben über die Persönlichkeit der Direktoren auf den Geschäftsbriefen und auf den anderen Geschäftspapieren verlangt, u. a. auch Angabe des früheren Familien- und Vornamens und der jetzigen und früheren Staatsangehörigkeit[100]). Interessant ist es, daß aus den Vereinigten Staaten von Nordamerika berichtet wird, daß das Publikum dort sein Geld grundsätzlich nur solchen Gesellschaften anvertraut, deren Leitung ihm bekannt ist[101]).

Daß die in § 100 angeordnete Geschäftsschreibenkundgabe „geeignet ist, die vielbeklagte Anonymität der Aktiengesellschaft in einem ganz wesentlichen Punkte zu beseitigen", wie Herbig, Geßler und Hefermehl[102]) schreiben, kann nicht anerkannt werden. Das Problem der Anonymität berührt ja nur in geringem Maße die Leitung der AG, sondern liegt in erster Linie in dem Verhalten des Aktionärs zur AG und damit in der Gestaltung der Hauptversammlung[103]). In dieser Beziehung ist es

99) Amtliche Begründung zu den §§ 100 und 101.

100) Schlegelberger, Anm. 1 zu § 100; Kaufmann, Der Firmenzusatz „Deutsch". Gießener Diss. 1936, S. 4.

101) Heep, Die Bekämpfung der Anonymität im Gesellschafts- insbesondere im Aktienrecht. Kölner Diss. 1936, S. 39.

102) DJ 1937, S. 187.

103) Kißkalt, NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 1137; derselbe, Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, ZAkad 1934, S. 20; Heep, S. 2.

hier nicht zu erörtern. Es handelt sich für unser Thema nur darum, ob man wirklich sagen kann, daß durch die Anordnung der Geschäftsschreibenkundgabe die Anonymität in einem „ganz wesentlichen Punkte" beseitigt wird. Meines Erachtens ist es ziemlich belanglos, ob die Personen, die die Namen der führenden Männer zu erfahren wünschen, sich die Mühe machen müssen, auf dem Registergericht die eingereichten Schriftstücke einzusehen, oder ob man ihnen diese Kenntnis so leicht macht, daß sie schon aus der gepflogenen Geschäftskorrespondenz zu entnehmen ist.

Heep[104]) verlangt de lege ferenda, daß auch die Großaktionäre genannt werden müßten, zwar nicht auf den Geschäftsbriefen, wohl aber in den Geschäftsberichten. Dabei vergißt er, daß diese ja der Gesellschaft gar nicht bekannt zu sein brauchen und daß sie von Tag zu Tag wechseln können. Die Anonymität wohnt nun einmal der AG begrifflich inne. Sie ist zurückzuführen auf die Unpersönlichkeit des Kapitals, auf die Tatsache, daß durch eine große Zahl unbekannter Geldgeber überhaupt erst das Aktienunternehmen mobilisiert werden kann. Die Unpersönlichkeit gehört geradezu zum Begriff der AG[105]).

Die Gesetzesverfasser sind sich deshalb auch darüber klar gewesen, daß die Anonymität nicht gänzlich beseitigt werden kann; sie wollten sie nur einschränken[106]). Ob das, außer durch die anderen Maßnahmen, die hier nicht zu erörtern sind, durch den § 100 mit bewirkt wird, ist zu bezweifeln[107]).

Vom Aufsichtsrat ist übrigens auch nur der Vorsitzer auf den Geschäftsbriefen anzugeben, nicht die übrigen Mitglieder.

Wenn ausdrücklich angeordnet ist, daß auch mindestens ein Vorname — und zwar ausgeschrieben — angegeben werden muß, so hat das wohl[108]) weniger den Zweck, Träger desselben Familiennamens unterscheiden zu können, als den, mit größerer Sicherheit Juden, die ja oft arisch klingende Familiennamen haben, festzustellen.

104) S. 40.

105) Quassowski, ZAkad 1935, S. 726; Schlegelberger, Die Erneuerung des Aktienrechts, S. 6; vgl. die französische Bezeichnung „société anonyme".

106) Quassowski, ZAkad 1935, S. 727.

107) A. A. Schlegelberger, Anm. 1 zu § 100.

Nur für Geschäftsbriefe ist die Kundgabe vorgeschrieben, nicht für Werbeschriften, Geschäftskataloge, Geschäftsrundschreiben, Ansichtssendungen, Abrechnungszettel, öffentliche Bekanntmachungen, Rechnungen und Quittungen — für diese beiden letzteren unter der Voraussetzung nicht, daß sie keine weiteren für den Empfänger bestimmten persönlichen Mitteilungen enthalten. Bei den gesetzgeberischen Arbeiten fand eine lebhafte Erörterung über den § 100 statt; man wollte ihn ursprünglich in Anlehnung an das englische Recht auf alle schriftlichen Kundgaben ausdehnen, entschloß sich dann aber, die Vorschrift lediglich auf Geschäftsbriefe zu beschränken [109]). Darunter sind alle geschriebenen oder gedruckten geschäftlichen Mitteilungen an einen bestimmten Empfänger zu verstehen [110]).

Durch § 19 der Ersten Durchführungsordnung zum AGes vom 29. September 1937 erfährt die Pflicht zur Geschäftsschreibenkundgabe Einschränkungen, allerdings nicht so, daß der Begriff „Geschäftsbrief" eingeschränkt würde, aber so, daß bei gewissen Arten von Geschäftsbriefen die Namensangabe unterbleiben darf, nämlich bei gewissen formularmäßigen Mitteilungen, bei in das Ausland gehenden Geschäftsbriefen und endlich bis zum 1. Januar 1939 für Geschäftsbriefe auf Vordrucken, die vor Inkrafttreten der Ersten Durchführungsverordnung angeschafft worden sind [111]).

Die Pflicht zur Geschäftsschreibenkundgabe gilt auch während der Abwicklung und bezieht sich dann auf alle Abwickler und den Vorsitzenden des Aufsichtsrats (§ 209, Abs. 5).

Ordnungsstrafen zur Erzwingung der Namensangaben sind nicht vorgesehen, es tritt aber Kriminalbestrafung ein. Strafbar sind die Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrats und die Abwickler, wenn sie nicht für Beachtung der Vorschrift gesorgt haben. Die Tat ist Antragsdelikt; antragsberechtigt ist die amtliche Vertretung des Handelsstandes, das ist die Industrie- und Handelskammer (§ 301).

Die Erste Durchführungsverordnung ist vom Reichsjustiz-

108) Die Gesetzmaterialien geben hierüber keine Auskunft.

109) Vgl. Schlegelberger, Anm. 1 und 3 zu § 100.

110) Baumbach, einzige Anm. zu § 100; Danielcik, Anm. 2 zu § 100.

111) Eingehende Kommentierung des § 19 im Ergänzungsband zum Kommentar zum AGes von Schlegelberger.

minister erlassen und verweist in ihrer Präambel auf die Ermächtigung im AGes und im EGAGes. Daß ein Gesetz durch ministerielle Verordnungen ergänzt und verändert werden kann, hat die selbstgefällige Kritik des noch gänzlich im liberalen Rechtsdenken befangenen Schweizer Rechtslehrers Egger hervorgerufen, welcher schreibt [112]): „Das deutsche Aktiengesetz strotzt von Verweisungen auf ministerielle Erlasse, beim Schweizer Obligationenrecht ist der rechtsstaatliche Gedanke gewahrt." Derselben Gedankenrichtung ist seine weitere Aeußerung entsprungen, das deutsche AGes stelle „mit seinen über 300, zum Teil schwer beladenen, hin und wieder seitenlangen Paragraphen den Typus eines polizeistaatlichen Gesetzes dar, das sich denn auch oft genug wie ein Polizeireglement" lese [113]). Für den deutschen Rechtswahrer ist der Umstand, daß ein Gesetz durch ministerielle Verordnung ergänzt oder sogar abgeändert wird, eine rein technisch-juristische Angelegenheit, deren Erörterung in keinen Zusammenhang mit den Begriffen „Rechtsstaat" und „Polizeistaat" gebracht werden kann.

112) SJZ, 34. Jahrg. S. 5.
113) SJZ 34. Jahrg. S. 2.

Kapitel II

Die innere Ordnung des Aufsichtsrats

§ 11. Der Vorsitzer des Aufsichtsrats.

Würde der Aufsichtsrat nur aus einer Person bestehen, so wäre an dieser Stelle nichts zu sagen. Da der Aufsichtsrat aber aus mindestens drei Personen besteht und also ein Kollegium ist, so bedarf es für ihn — um einen in der Parlamentspraxis üblichen Ausdruck zu gebrauchen — einer Konstituierung. Ueberall da, wo ein Kollegium tätig werden will, sind die Fragen des Vorsitzes, der Bildung von Ausschüssen, der Geschäftsverteilung, der Einberufung der Sitzungen, der Abstimmung usw. zu regeln.

Das HGB hat es nicht für nötig gehalten, irgendwelche Vorschriften über den Vorsitz zu bringen. In Wirklichkeit hatte aber jeder Aufsichtsrat einen Vorsitzer und meist daneben noch einen stellvertretenden Vorsitzer [1]). Der Vorsitzer hatte immer schon eine sehr einflußreiche Stellung, was u. a. auch dadurch zum Ausdruck kommt, daß er von der Tantieme einen größeren Anteil als die übrigen Aufsichtsratsmitglieder zu erhalten pflegt, ja daß manche Satzungen für ihn ein festes Jahresgehalt auswerfen [2]). Fast durchgängig wird er zum Leiter der Hauptversammlung bestimmt [3]).

Die Aktienrechtsnovelle von 1931 schrieb erstmalig durch den eingefügten § 244a HGB einen Vorsitzer vor, ohne jedoch nähere Bestimmungen über seine Bestellung und seine Funktionen zu bringen [4]). Das AGes weist dem Vorsitzer verschiedene Aufgaben zwingend zu; es konnte deshalb nicht unterlassen werden, auch zwingende Vorschriften über die Art seiner Bestellung zu bringen; das durfte nicht allein der Satzung überlassen werden.

So ordnet denn § 92, Abs. 1 an, daß der Aufsichtsrat, nach

1) Baumbach, Anm. 1 und 2 zu § 92; Tremblau, S. 75; Lenze, S. 17.
2) Passow, S. 167.
3) Staub, Anm. 10 zu § 256; Tremblau, S. 66.

näherer Bestimmung der Satzung, aus seiner Mitte einen Vorsitzer und mindestens einen Stellvertreter zu wählen habe. Satzungsbestimmungen, wonach Vorsitzer und Stellvertreter nicht da zu sein haben oder nicht da zu sein brauchen, oder wonach die Bestellung einem anderen Organ als dem Aufsichtsrat, also etwa der Hauptversammlung, zustehen solle, sind nichtig. Die Hauptversammlung darf die Wahl von sich aus selbst dann nicht vornehmen, wenn der Aufsichtsrat keinen Vorsitzer wählt; in einem solchen Falle hat sie die Aufsichtsratsmitglieder abzuberufen und neue zu wählen [5]).

Ausdrücklich sagt das Gesetz, daß der Vorsitzer — und dasselbe gilt immer für den Stellvertreter — Aufsichtsratsmitglied sein muß.

Nur die näheren Bestimmungen über die Wahl sind der Satzung überlassen; sie kann also bestimmte Mehrheiten vorschreiben. Bringt sie nichts darüber, so entscheidet nach allgemeinen Grundsätzen Stimmenmehrheit [6]). Die Satzung kann auch eine bestimmte Amtsdauer vorschreiben. Auf jeden Fall endet das Amt des Vorsitzers mit dem Verlust der Mitgliedschaft zum Aufsichtsrat.

Der Aufsichtsrat kann die Bestellung jederzeit widerrufen; anders könnte nur entschieden werden, wenn aus dem Gesetz entnommen werden könnte, daß der Vorsitzer vom Aufsichtsrat unabhängig gestellt werden sollte.

Der Vorstand hat die Gewählten zum Handelsregister anzumelden (§ 92, Abs. 1, Satz 2). Eine Eintragung in das Register und eine Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern erfolgt nicht. Nach § 14 HGB ist Erzwingung der Anmeldung durch Ordnungsstrafe möglich.

Auch das schweizerische Recht hat durch den in das Obligationenrecht neu eingeschobenen Artikel 714 einen „Präsidenten" gesetzlich vorgeschrieben, der vom Verwaltungsrat bezeichnet wird.

Dem nationalsozialistischen Führerprinzip hätte es nun eigentlich entsprochen, die Entscheidungen des Aufsichtsrats allein dem Vorsitzer zu überlassen, wobei dann die übrigen Mitglieder nur beratend tätig zu sein hätten. Man hat davon Abstand genommen,

4) Vgl. Hamburger JW 1931, S. 2935.
5) Baumbach, Anm. 2 zu § 92.
6) Schlegelberger, Anm. 4 zu § 92.

da der gesamte Aufsichtsrat im wesentlichen beratendes Organ sein soll. In dem zweiten Bericht Kißkalts über die Arbeiten des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht heißt es[7]: „Würde man dem Vorsitzenden innerhalb des Aufsichtsrats Führerstellung einräumen, so wäre der Vorstand allein von ihm abhängig und der Aufsichtsratsvorsitzer wäre sodann tatsächlich der Führer der Gesellschaft. Führer eines Wirtschaftsunternehmens kann aber nur der sein, der vertretungsberechtigt ist, seine ganze Kraft dem Betriebe widmet und dem selbständige Entscheidungen obliegen."

Nur primus inter pares ist der Vorsitzer. Er hat kein Entscheidungsrecht, gibt auch nicht einmal den Ausschlag bei Stimmengleichheit[8]; bei Stimmengleichheit kommt es zu keinem Beschluß. Der Vorsitzer hat nur die Aufgabe, das zu tun, was dem Vorsitzer eines Kollegiums üblicherweise obliegt[9]. Dazu gehört die Einberufung und Leitung der Aufsichtsratssitzungen und die Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse. Darüber hinaus hat ihm dann das Gesetz gewisse besondere Befugnisse übertragen (§§ 93, Abs. 2, § 94, Abs. 1, 95, Abs. 2, 141, Abs. 3, 151, Abs. 1, 155, Abs. 1, 176, 180, Abs. 1). Soweit der Aufsichtsrat als solcher zu entscheiden hat, darf die Satzung nicht den Vorsitzer allein für zuständig erklären, also etwa ihm die Bestellung und Abberufung des Vorstandes übertragen. Wenn das Gesetz einem bestimmten Organ eine entscheidende Befugnis zuweist, so ist damit die Uebertragung auf ein einzelnes Mitglied dieses Organs verboten. Der Vorsitzer ist nicht Organ eines Organs, des Aufsichtsrates, sondern eben nur sein Mitglied.

Nach außen handelt er als Erklärungsbevollmächtigter und zwar nicht im Sinne einer gesetzlichen Vertretung mit unbeschränkter Vertretungsmacht, wohl aber als rechtsgeschäftlich bestellter Vertreter im Umfange der jeweils gefaßten Be-

7) ZAkad 1935, S. 253.

8) A. M. Baumbach, Anm. 2 B zu § 92; Schlegelberger, Anm. 17 zu § 92 will bei Stimmengleichheit den Vorsitzer nur dann den Ausschlag geben lassen, wenn die Satzung dies ausdrücklich bestimmt; ihm stimmen zu Lenze, S. 18 und R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abt., S. 246.

9) Amtl. Begründung zu § 92.

schlüsse[10]). Eine solche Vollmacht erteilen ihm die Kollegen durch die Wahl zum Vorsitzer[11]). Seine Erklärungen haben aber immer nur unter der Voraussetzung für die Gesellschaft oder für den Aufsichtsrat rechtliche Bedeutung, als sie den gefaßten Beschlüssen entsprechen, oder, wenn das nicht der Fall ist, nachträglich vom Aufsichtsrat genehmigt werden. Guter Glaube kann hier niemanden schützen, es ist höchstens ein Schadensersatzanspruch gegen den Vorsitzer gegeben, wenn er unzulässige Erklärungen abgibt[12]).

§ 12. Die Beschlußfassung des Aufsichtsrats.

Grundsätzlich ist zur Fassung eines Beschlusses eine Verhandlung der Mitglieder nötig. Beschlußfassung durch schriftliche Stimmabgabe ist nur zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht. So regelt diese Frage ausdrücklich § 92, Abs. 3, während das HGB schwieg. Nach herrschender Auffassung hielt man die schriftliche Stimmabgabe für zulässig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zur Beschlußfassung ohne mündliche Verhandlung gegeben hatten[13]); dies lief nicht auf dasselbe hinaus, wie die heutige gesetzliche Regelung. Wenn nämlich auch nur ein Mitglied sich auf den schriftlich vorgeschlagenen Beschluß nicht äußerte, so hatte es seine Zustimmung zum Beschluß nicht erteilt, eine schriftliche Beschlußfassung kam nicht zustande. Schweigt heute ein Mitglied, so ist das kein Widerspruch gegen das Verfahren der schriftlichen Abstimmung und diese ist nunmehr nach § 92, Abs. 3 möglich[14]). Schriftliche Abstimmung zu veranlassen, ist Sache des Vorsitzers.

Auch eine telegraphische Stimmabgabe ist als schriftliche anzusehen, nicht aber eine telefonische. Sollte die Technik in Zukunft so weit fortschreiten, daß alle Mitglieder gleichzeitig durch Fernsehsprecher verbunden werden können, so wird man dies als eine mündliche Verhandlung anzusehen haben.

Auch das Schweizer Recht erklärt ausdrücklich, daß Be-

10) Vgl. hierzu RGZ v. 21. 5. 1935, HRR 35, 1477 = DJZ, 41. Jahrg. (1936), Sp. 138.

11) Brodmann, Anm. 3 g zu § 246; Staub, Anm. 14 II zu § 246.

12) Baumbach, Anm. 2 B zu § 92.

13) Staub, Anm. 14 zu § 246; Brodmann, Anm. 2 d zu § 246.

14) Schlegelberger, Anm. 30 zu § 92.

schlüsse des Verwaltungsrates auf dem Wege der schriftlichen Abstimmung gefaßt werden können; Voraussetzung ist, daß kein Mitglied ausdrücklich die mündliche Beratung verlangt (Art. 716, der durch die Neuredigierung in das OR eingefügt wurde).

Die Regel ist nun aber, daß der Aufsichtsrat zum Zwecke der Beschlußfassung zu Sitzungen zusammentritt; der Zweck der kollegialen Besetzung eines Organs ist ja der, daß die Willensbildung auf Grund von Verhandlungen, die zweckmäßigerweise mündlich stattfinden, erfolgen soll. Es ist das Recht und die Pflicht des Vorsitzers, den Aufsichtsrat zu Sitzungen einzuberufen. Das versteht sich von selbst für den Vorsitzer eines jeden Kollegiums, ist aber auch aus § 94, Abs. 1, Satz 1 zu entnehmen, wonach das Verlangen, den Aufsichtsrat einzuberufen, an den Vorsitzer zu richten ist. Ein solches Verlangen auszusprechen, ist, unter Angabe des Zwecks und der Gründe, der Vorstand und jedes Aufsichtsratsmitglied berechtigt[15]). Der Vorsitzer hat einem solchen Verlangen unverzüglich zu entsprechen und muß den Sitzungstag so bestimmen, daß die Sitzung binnen zwei Wochen nach der Einberufung stattfindet (§ 94, Abs. 1, Satz 2). Ein klagbares Recht auf Einberufung besteht nicht, ebensowenig die Möglichkeit der Erzwingung durch Ordnungsstrafen[16]). Jedoch besteht ein Selbsthilferecht, allerdings nicht für ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied, sondern für mindestens zwei Aufsichtsratsmitglieder und für den Vorstand, wenn der Vorsitzer dem Einberufungsverlangen nicht stattgegeben hat (§ 94, Abs. 2). Sie haben bei der durch sie erfolgenden Einberufung den Sachverhalt, also den Grund und Zweck, die Dringlichkeit und die vom Vorsitzer erfolgte Ablehnung der Einberufung mitzuteilen. Einberufungsberechtigte sind nur die beiden Aufsichtsratsmitglieder, deren Einberufungsverlangen vom Vorsitzer nicht entsprochen wurde; hatten mehr als zwei Mitglieder das Verlangen vergeblich an den Vorsitzer gestellt, so genügt es, daß zwei von ihnen nunmehr die Einberufung vornehmen. Andererseits genügt es nicht, daß nur ein Mitglied vergeblich die Einberufung verlangt hatte und nun ein zweites, das ein solches

15) Nach Schweizer Recht kann jedes Mitglied beim Vorsitzenden schriftlich die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats verlangen (Art. 713, Abs. 2 [neu!]).

16) Baumbach, Anm. 2 zu § 94.

Verlangen nicht gestellt hatte, sich dem erstern anschließt; diese beiden Mitglieder haben nicht das Einberufungsrecht nach § 94, Abs. 2 [17]).

Ueber die Verhandlungen und die Beschlüsse des Aufsichtsrats soll eine Niederschrift angefertigt werden, die der Vorsitzer oder sein Stellvertreter zu unterzeichnen hat (§ 92, Abs. 2). Dies ist eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht etwa die Ungültigkeit der Beschlüsse nach sich zieht. Durch die Niederschrift wird erreicht, daß die Beschlüsse noch in späterer Zeit feststellbar sind. Nach HGB war ein Protokoll nicht vorgeschrieben, konnte aber durch die Satzung vorgesehen werden [18]).

Eine gleiche Bestimmung enthält das Schweizer Recht: „Ueber die Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrates ist ein Protokoll zu führen, das vom Präsidenten und vom Protokollführer unterzeichnet wird. Ein Protokoll muß auch geführt werden, wenn die Verwaltung einer einzigen Person anvertraut ist" (neuer Artikel 715). Auch die schriftlich gefaßten Beschlüsse sind zu protokollieren (Abs. 2 des neuen Artikels 716). Ein Protokollführer ist kraft der zwingenden Vorschrift des neuen Art. 714, Abs. 1 vom Verwaltungsrat zu ernennen, die wohl dahin auszulegen ist, daß der Protokollführer ein Mitglied des Verwaltungsrates sein muß, nicht ein Dritter. („Der Verwaltungsrat bezeichnet seinen Präsidenten und den Protokollführer").

Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder. Darüber schweigt zwar das AGes, es dürfte aber geboten sein, hier die §§ 28 und 32 BGB entsprechend anzuwenden [19]). Die Satzung kann eine erhöhte Mehrheit vorschreiben, aber kein ungleiches Stimmrecht für die einzelnen Mitglieder [20]), sie kann insbesondere nicht die Gültigkeit eines Beschlusses von der Zustimmung des von der öffentlichen Hand entsandten Mitgliedes abhängig machen [21]).

17) Schlegelberger, Anm. 17 zu § 94.

18) Tremblau, S. 77; Lenze, S. 43.

19) Goldschmit, S. 318 und 320; Staub, Anm. 14 zu § 246; R. Fischer, S. 246; Baumbach, Anm. 3 zu § 92; Cosack, § 29, II, 2; a. M. Brodmann, Anm. 3 a zu § 246, der sich gegen die Anwendbarkeit der Vereinsrechtsparagraphen ausspricht und anscheinend Einstimmigkeit verlangt.

20) Schlegelberger, Anm. 17 und 20 zu § 92; a. M. hinsichtlich des ungleichen Stimmrechts Baumbach, Anm. 3 zu § 92.

21) Ueber die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats siehe oben S. 29.

Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm oder die Einleitung oder die Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft. Es besteht kein Bedenken, diese ebenfalls dem Vereinsrecht (§ 34 BGB) entnommene Vorschrift entsprechend auf die Abstimmungen im Aufsichtsrat anzuwenden [22]).

§ 13. Die Aufsichtsratsausschüsse.

Das HGB schwieg über die Zulässigkeit der Bildung von Aufsichtsratsausschüssen, sie wurden aber für rechtlich zulässig gehalten und in der Praxis vielfach gebildet [23]). Das AGes erklärt in § 92, Abs. 4 ausdrücklich, daß der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen könne, namentlich zu dem Zweck, seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen. Es liegt allein im Ermessen des Aufsichtsrats, ob und welche Ausschüsse er bilden will, soweit es sich um die durch Gesetz dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgaben handelt; hinsichtlich dieser darf ihn die Satzung nicht zur Bildung eines Ausschusses zwingen. Anders ist es hinsichtlich der Aufgaben, die die Satzung dem Aufsichtsrat übertragen hat; in bezug auf solche satzungsmäßigen Zuständigkeiten kann sie den Aufsichtsrat zur Bildung von Ausschüssen nötigen oder selbst solche vorsehen [24]).

Wenn im Gesetz gesagt ist, daß die Ausschüsse „namentlich" den Zweck haben, die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats vorzubereiten und die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen, so kommt damit zum Ausdruck, daß ihnen auch entscheidende Befugnisse übertragen werden können, die auf Gesetz oder auf Satzung beruhen [25]). Dann ist es möglich, daß der Ausschuß an Stelle des Aufsichtsrats beschließt. Bei-

22) Staub, Anm. 14 zu § 246; es ist ein Streit um des Kaisers Bart, wenn Schlegelberger, Anm. 21 zu § 92, und ähnlich auch Goldschmit, S. 247 und 248, und Brodmann, Anm. 3a zu § 246, es für unzulässig erklären, den § 34 BGB hier anzuwenden, aber sachlich dann doch „aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen heraus" zu genau demselben Ergebnis kommen.

23) Goldschmit, S. 414; Brodmann, Anm. 3b zu § 246; amtliche Begründung zu § 92; Schlegelberger, Die Erneuerung des Aktienrechts, S. 27.

24) Schlegelberger, Anm. 39 zu § 92.

25) Amtl. Begründung zu § 92.

spielsweise könnte der Aufsichtsrat einem Ausschuß die Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung zur Gewährung von Krediten an Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte nach § 80 übertragen [26]). Er darf jedoch nicht seine gesamten ihm nach Gesetz zustehenden Befugnisse einem Ausschuß zur selbständigen Erledigung übertragen, insbesondere nicht die wichtigen Rechte und Pflichten aus den §§ 95 (Ueberwachung), 96 (Prüfung des Jahresabschlusses) und 125 (Billigung des Jahresabschlusses). Es müssen ihm die „handelsgesetzlichen Mindestbefugnisse" verbleiben [27]).

Ist eine Angelegenheit einem Ausschuß zur selbständigen Erledigung übertragen, so werden die ihm nicht angehörigen Aufsichtsratsmitglieder unter der Voraussetzung von der Verantwortung frei, daß sie bei der Auswahl und Ueberwachung der Mitglieder des Ausschusses die nötige Sorgfalt haben walten lassen. Hat die Satzung bestimmte Angelegenheiten einem Ausschuß übertragen, dann sind nur die Mitglieder dieses Ausschusses verantwortlich, denn es handelt sich ja nunmehr um eine Sache, für die der gesamte Aufsichtsrat nicht verantwortlich ist. Die dem Ausschuß nicht angehörenden Aufsichtsratsmitglieder haften nicht für sachgemäße Auswahl und Ueberwachung; bei ihnen könnte eine Pflichtverletzung nur dann angenommen werden, wenn sie das schuldhafte Verhalten des Ausschusses bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (vgl. §§ 99, 84) hätten erkennen und gegen den Ausschuß einschreiten können, aber nicht eingeschritten sind [28]).

In der Schweiz regelt ebenfalls erstmalig der in das revidierte Obligationenrecht eingeschobene Artikel 714, Abs. 2 die Bestellung von Ausschüssen. Sie werden vom Verwaltungsrat „aus seiner Mitte" bestellt. Es können also, ebenso wie im Deutschen Reich, nur Mitglieder der Verwaltung in die Ausschüsse gesetzt werden. Als ihre Aufgaben bezeichnet es das OR, den Geschäftsgang zu beaufsichtigen, die Geschäfte des Verwaltungsrates vorzubereiten, diesem über alle wichtigeren Fragen, insbesondere über die Aufstellung der Bilanz, Bericht zu erstatten und die Ausführung der Beschlüsse des Verwaltungsrats zu überwachen.

26) Baumbach, Anm. 2 C zu § 80.
27) So RGZ in JW 24, S. 1144. Vgl. weiter Danielcik, Anm. 8 zu § 92.
28) Schlegelberger, Anm. 45 und 46 zu § 92; Lenze, S. 44, 45.

§ 14. Die Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen.

Unter der Herrschaft des HGB war es der freien Gestaltung überlassen, an den Aufsichtsratssitzungen andere Personen als Mitglieder des Aufsichtsrats teilnehmen zu lassen. Erstmalig bringt nun hierüber der § 93 AGes Vorschriften. Danach können grundsätzlich nur Aufsichtsratsmitglieder an den Sitzungen teilnehmen. Drei Ausnahmen werden gemacht: für Mitglieder des Vorstandes und zwar für diese ganz allgemein, sodann für Sachverständige und Auskunftspersonen, jedoch für diese nur bei der Beratung über bestimmt zu bezeichnende Gegenstände, endlich für Boten einzelner Mitglieder, wenn dies die Satzung zuläßt. Der grundsätzliche Ausschluß von Personen, die dem Aufsichtsrat nicht angehören, ist zwingend, kann also durch keine Satzungsbestimmung abgeändert werden. Die Vorschrift ist getroffen worden, um die sonst leicht mögliche Umgehung des § 86, der eine Beschränkung der Mitgliederzahl bezweckt, zu verhindern[29]). Es soll auch durch sie der Gefahr vorgebeugt werden, daß sich unverantwortliche Beiräte bilden, wie das in der Praxis trotz der durch die Aktienrechtsnovelle von 1931 vorgenommenen Beschränkung der Mitgliederzahl häufig geschah. Verboten ist die Beiratsbildung zwar unter dem neuen Recht nicht, wie aus § 128, Abs. 2, Nr. 7 hervorgeht, es spielt aber der Beirat dann eine mindere Rolle, wenn er nicht an den Aufsichtsratssitzungen teilnehmen kann[30]).

Ein Stimmrecht haben die teilnehmenden Vorstandsmitglieder, die Sachverständigen und Auskunftspersonen selbstverständlich nicht.

Nehmen gesetzlich ausgeschlossene Personen an der Sitzung teil, so zieht das die Unwirksamkeit der gefaßten Beschlüsse nicht nach sich[31]), es sei denn, daß sie mitstimmen.

Zu den Sitzungen der Ausschüsse haben grundsätzlich auch diejenigen Aufsichtsratsmitglieder Zutritt, die ihnen nicht angehören. Es kann ihnen aber durch die Satzung oder den Vorsitzer des Aufsichtsrats die Teilnahme versagt werden (§ 93, Abs. 2). Diese Vorschrift wurde in der Erwägung getroffen, daß es das

29) Amtl. Begründung zu § 93.
30) Schlegelberger, Anm. 2 zu § 93.
31) Danielcik, Anm. 2 zu § 93.

Wohl der Gesellschaft verlangen kann, daß die Teilnahmebefugnis auf einen engeren Kreis, nämlich eben nur auf die Ausschußmitglieder, beschränkt wird [32]). Diese Regelung entspricht der bisherigen Praxis [33]).

Es braucht kaum gesagt zu werden, daß selbstverständlich den Aufsichtsratsmitgliedern die Teilnahme und das Stimmrecht an den Sitzungen des Aufsichtsrats weder durch die Satzung noch durch den Vorsitzer entzogen werden darf, ebensowenig das Recht der Ausschußmitglieder auf Teilnahme und Abstimmung im Ausschuß [34]).

Etwas ganz Neues bringt die Vorschrift des § 93, Abs. 3, wonach es die Satzung zulassen kann, daß an den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse Personen, die dem Aufsichtsrat nicht angehören, an Stelle von Aufsichtsratsmitgliedern teilnehmen können, wenn sie von diesen hierzu schriftlich ermächtigt sind. Sie können auch schriftliche Stimmabgaben der Aufsichtsratsmitglieder überreichen. Aufsichtsratsmitglieder nehmen häufig in der Wirtschaft oder in der öffentlichen Verwaltung bedeutende Posten ein und sind deshalb oft nicht in der Lage, selbst an wichtigen Sitzungen teilzunehmen. In der Wirtschaft wurde es als Mangel empfunden, daß nicht die gesetzliche Möglichkeit bestand, daß das verhinderte Mitglied seine Rechte in der Sitzung des Aufsichtsrats oder Ausschusses durch einen anderen wahrnehmen lassen konnte [35]). Das war verboten durch § 246, Abs. 4 HGB: „Die Mitglieder des Aufsichtsrats können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht anderen übertragen." Dieselbe Vorschrift ist zwar heute noch in § 95, Abs. 6 AGes enthalten, wird nun aber eben durch § 93, Abs. 3 durchbrochen, durchbrochen allerdings nur hinsichtlich der Redebefugnis, nicht hinsichtlich der Stimmbefugnis. Der vom verhinderten Mitglied Gesandte darf zwar das Wort ergreifen und sich frei äußern, darf aber nicht ein eigenes Stimmrecht ausüben, oder irgendwelche entscheidenden Erklärungen abgeben. Will er die Stimme abgeben, so kann das nur so geschehen, daß er einen

32) Amtl. Begründung zu § 93.
33) Danielcik, Anm. 3 zu § 93.
34) Lenze, S. 39.
35) Amtl. Begründung zu § 93. Vgl. von Breska, Bankarchiv XXXVII, S. 156; Lenze, S. 40.

schriftlichen Stimmentscheid des verhinderten Mitgliedes überreicht, aus welchem die näher bezeichnete Beschlußfassung des Aufsichtsrats hervorgeht und der vollständig von dem Mitglied ausgefüllt ist, nicht also etwa von dem Ueberbringer vor oder in der Sitzung ausgefüllt wird. Es handelt sich also nicht um eine Stellvertretung oder Bevollmächtigung, sondern die Ersatzperson nimmt eine Botenstellung ein. Zu ihrer Teilnahme an der Sitzung genügt eine schriftliche Ermächtigung des Mitgliedes, zur Beteiligung an der Abstimmung ist außerdem noch der schriftlich niedergelegte Stimmentscheid erforderlich. Die Abgabe dieses letzteren ist nicht als schriftliche Abstimmung im Sinne des § 92, Abs. 3 anzusehen, so daß ein Widerspruch gegen die Abgabe des schriftlichen Stimmentscheides unbeachtlich bleibt.

§ 93, Abs. 3 gilt nicht für den Vorsitzer und seine Stellvertreter (Satz 3 daselbst).

Gesetzliche Vorschriften, die dem § 93 zuwiderlaufen, bleiben nach Abs. 4 unberührt. Es sei beispielsweise verwiesen auf die Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19. September 1931, zweiter Teil, Art. 1, § 3, Abs. 2, Nr. 2, wonach der Reichskommissar für das Bankgewerbe an den Sitzungen der Verwaltungsorgane der Banken teilnehmen und in ihnen das Wort ergreifen darf [36] [37]).

36) Andere Nachweise bei Baumbach, Anm. 4 zu § 93.

37) Ueber die Zulassung der Presse zu den Sitzungen der Hauptversammlung vgl. Noll in „Deutsche Presse", 27. Jahrg. (1937), S. 456.

Kapitel III

Die Aufgaben des Aufsichtsrats

§ 15. Allgemeines.

Unter der Herrschaft des HGB ist in der Praxis der Aufsichtsrat vom Kontrollorgan, als welches er vom Gesetz vorgesehen war, zum Verwaltungsrat, also zu einem Leitungsorgan und damit unfähig geworden, Kontrollorgan zu sein[1]). Die Grenzen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat hatten sich so verwischt, daß wir uns praktisch sehr stark dem Board-System, wie es in England, aber auch in Frankreich und in der Schweiz herrscht, genähert hatten. Das HGB ist an dieser Entwicklung nicht schuldlos, denn es bestimmte in Abs. 3 des § 246: „Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsrats werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt." In den Motiven zur Aktiennovelle von 1884[2]) heißt es zwar zunächst, daß die Funktionen des Vorstandes und des Aufsichtsrates sicher voneinander abgegrenzt werden sollten und daß in der Verschmelzung dieser beiden Organe eine wesentliche Gefahr für die Gesellschaftsinteressen erblickt würde, weil ein mit der Verwaltung betrautes Organ der nötigen Unselbständigkeit und Unparteilichkeit entbehre, sodann aber weiter, daß es doktrinär wäre, dem Aufsichtsrat jede Beteiligung an der Verwaltung zu untersagen und daß es illusorisch sein würde, wollte man versuchen, die Mitwirkung in der Verwaltung zu begrenzen. So kam dann der Abs. 3 des § 246 in das Gesetz, auf Grund dessen fast alle Aktiengesellschaften und zwar in erheblichem Umfange, Gebrauch gemacht haben[3]). So hieß es z. B. in der Satzung der

1) Bergmann, DJZ 1934, Sp. 372; v. Gierke, § 41, III; Hamburger, JW 1931, S. 2935; Passow, S. 118, 150, 151; Cosack, § 29, II, 1, b; R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abt., S. 236; P. Fischer, Die AG in der nationalsozialistischen Wirtschaft, S. 93.

2) S. 74 ff.

3) Passow, S. 170.

Hamburg - Amerikanischen Paketfahrt-Aktiengesellschaft: „Der Aufsichtsrat hat die Befugnis, dem Vorstand alle seines Erachtens wünschenswerten Instruktionen und Anweisungen zu geben." In denen der Dresdner Bank hieß es: „Die Direktion führt die Geschäfte der Gesellschaft nach Maßgabe der Statuten, sowie nach den ihr vom Aufsichtsrat zu erteilenden Instruktionen." In denen der Deutschen Waffen- und Munitionsfabriken in Berlin: „Der Vorstand ist verpflichtet, sich an die Instruktionen des Aufsichtsrates zu halten." Auch die Theorie lehrte, wenn auch nicht übereinstimmend, daß satzungsgemäß bestimmt werden könne, daß der Aufsichtsrat über alles, was geschehen soll, Beschluß zu fassen habe und der Vorstand nichts tun dürfe, als was der Aufsichtsrat angeordnet oder vorher genehmigt habe, oder auch in anderer Form alles das tun müsse, was der Aufsichtsrat bestimme; es könne dem Aufsichtsrat sogar die ganze Geschäftsführung übertragen werden, vorbehaltlich der Rechte der Generalversammlung und vorbehaltlich gewisser dem Vorstand gesetzlich übertragener unentziehbarer Geschäftsführungsakte[4]).

Die Aktiennovelle von 1931 hat hierin keinen Wandel geschaffen. Das AGes beseitigt aber nun die bisher mögliche Verwischung der Aufgabenkreise von Vorstand und Aufsichtsrat, indem es eine klare Trennungslinie zieht: der Vorstand hat die Geschäftsführung, der Aufsichtsrat die Ueberwachung der Geschäftsführung (§§ 70 und 95, Abs. 1). Ausdrücklich ist dann noch in § 95, Abs. 5 bestimmt, daß Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden können.

Für die G. m. b. H. besteht auch heute noch die Möglichkeit, den Aufsichtsrat ganz frei zu gestalten, da er für sie nicht obligatorisch ist. Die Satzung der G. m. b. H. kann den Aufsichtsrat ein Kontrollorgan, also einen wirklichen Aufsichtsrat, sein lassen, sie kann ihn aber auch zum Verwaltungsrat, zum Herrschaftsorgan machen. Sie kann dem Aufsichtsrat auch die Vertretung nach außen übertragen, in welchem Falle er in den Geschäftsführer übergeht. Das Ergebnis kann dann ein ähnliches sein, wie beim Schweizer Verwaltungsrat und beim englischen board od directors, in denen teils hauptamtlich tätige Personen

4) So Staub, Anm. 10 zu § 246; abweichend Brodmann, Anm. 5 zu § 246.

sitzen, die die Geschäftsführung und Vertretung („Direktion", managing directors") haben, teils Aufsichtspersonen [5]).

Immerhin wirkt der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft bei der Geschäftsführung mit, was besonders dann in die Erscheinung tritt, wenn von § 95, Abs. 5, Satz 2 Gebrauch gemacht wird, also bestimmte Arten von Geschäften an die Zustimmung des Aufsichtsrats geknüpft werden.

Gänzlich zurück tritt die nur ausnahmsweise dem Aufsichtsrat gegebene Vertretungsbefugnis.

Dagegen hat in der Rechtswirklichkeit die beratende und unterstützende Tätigkeit des Aufsichtsrats ein großes Gewicht; sie wird in der Praxis oft für wertvoller erachtet als die Ueberwachungsfunktion.

§ 16. Der Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan.

Der Gesetzgeber sieht in der überwachenden Tätigkeit die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates und hat die Vorschrift darüber daher an die Spitze gestellt (§ 95, Abs. 1). Die Aktienrechtsnovelle übernahm nicht den Vorschlag des Entwurfs, wonach der Aufsichtsrat in seinen Bemerkungen zum Geschäftsbericht mitzuteilen hat, in welchen Zeitabschnitten, in welcher Art und in welchem sachlichen Umfange die Prüfung der Geschäftsführung erfolgt ist und welche Ergebnisse sie hatte. Wie er sie im einzelnen zu erfüllen hat, ist im Gesetz nicht gesagt. Ueber Art und Umfang der Ueberwachung hat der Aufsichtsrat der Hauptversammlung zu berichten, heißt es nur im Gesetz (§ 96). In der Praxis pflegen diese Berichte recht kurz zu sein, lassen auch in der Regel nicht erkennen, welche Intensität die Prüfungstätigkeit gehabt hat; es wird im wesentlichen nur mitgeteilt, daß zu Beanstandungen kein Anlaß vorlag [6]). Solange ein Schaden nicht sichtbar geworden ist, wird selten für die Hauptversammlung die Möglichkeit bestehen, eine mangelnde Aufsichtstätigkeit des Aufsichtsrates festzustellen und zu prüfen. Lediglich die scharfen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen — und natürlich auch seine sittliche Pflicht — sind es, die den

5) Vgl. Feine, in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 3. Abt., S. 556.
6) Passow, S. 176.

Aufsichtsrat veranlassen, das notwendige Maß von Sorgfalt in der Ueberwachung anzuwenden.

Vorweg ist zu bemerken, daß dieses Maß durchaus nicht bei jeder AG das gleiche zu sein braucht[7]). Die Branchenverhältnisse sind zu verschieden; in einem Versicherungsbetriebe spielt sich der Geschäftsverkehr und die Verwaltung ganz anders ab, als in einer Verkehrsgesellschaft, in einer Schiffahrtsgesellschaft anders als in einer Schokoladenfabrik. Es wäre ein Versuch mit untauglichen Mitteln, wollte der Gesetzgeber ins einzelne gehende Vorschriften über Maß und Umfang der Kontrolltätigkeit geben[8]), es wäre ein Fehler, wollte er darüber für alle Aktiengesellschaften die gleichen Bestimmungen treffen. Richtig ist es, wenn deshalb jede Satzung individuelle Bestimmungen trifft, die für den Umfang und die Art ihres Betriebes passen. Solche Bestimmungen sind allerdings selten[9]). Es besteht auch die Möglichkeit, daß durch eine Geschäftsanweisung — anstatt durch die Satzung — alle näheren Bestimmungen darüber erlassen werden, in welcher Weise und in welchem Zeitabstande die vom Gesetz nur allgemein angeordnete Ueberwachungspflicht gehandhabt und durchgeführt werden soll. Ueberflüssig erscheint es uns, daß solche Satzungsbestimmungen oder Geschäftsanweisungen eingetragen und veröffentlicht werden, wie Rießer[10]) vorschlägt, damit Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger jederzeit wüßten, wie weit die Ueberwachungspflichten des Aufsichtsrats gingen und sich nicht diesbezüglich „angesichts des Wortlauts des § 246 HGB in einem bedenklichen Irrtum befänden". Dort hieß es, daß der Aufsichtsrat die Geschäftsführung der AG „in allen Zweigen der Verwaltung" zu überwachen habe. Jeder Einsichtige muß wissen, daß von dem Aufsichtsrat nicht Unmögliches verlangt werden kann. Wenn die Forderung aufgestellt wird, daß er alles und jedes ständig kontrolliere, dann müßte ein jedes Aufsichtsratsmitglied seine ganze Kraft dem Unternehmen zur Verfügung stellen, es müßte ferner jedes einzelne Vorstandsmitglied ein oder zwei Aufsichtsratsmitglieder als Kontrolleure beigeordnet erhalten, und diese

7) Cosack, § 29, II, 2; Cahn, S. 115.
8) Rießer, S. 307; vgl. weiter Stier-Somlo, S. 50.
9) Passow, S. 177.
10) S. 310, 312.

oder der gesamte Aufsichtsrat würden gerechterweise mit der Haftung für alle Vorkommnisse auch nur dann belastet werden dürfen, wenn alle Handlungen der Vorstandsmitglieder der Genehmigung des Aufsichtsrats unterworfen würden.

Der Idee einer übermäßigen Kontrollpflicht und eines übermäßigen Kontrollrechts muß doch die Feststellung entgegengesetzt werden, daß zu Vorstandsmitgliedern Personen bestellt werden, denen man vertraut und vertrauen muß, wie das gar nicht anders sein kann, wenn Vermögen durch den Eigentümer nicht selbst verwaltet wird. Der Aufsichtsrat muß von der Annahme ausgehen dürfen, daß — bis zum Sichtbarwerden von Anzeichen für das Gegenteil — die Vorstandsmitglieder ehrlich und richtig wirtschaften.

Gleichwertig steht daneben selbstverständlich die Erwägung, daß in Anbetracht der menschlichen Schwächen — moralischen und verstandesmäßigen — eine Kontrolle da sein muß. Allein die Tatsache, daß sie da ist, wird im Normalfalle den Vorstand vor Fehltritten bewahren. Es muß deshalb genügen, daß der Aufsichtsrat sporadisch und mit Stichproben[11]) — sowohl in formeller als materieller Hinsicht — tätig wird.

Praktisch ist das auch nicht anders möglich, denn man muß bedenken, daß in den Aufsichtsrat Personen geschickt werden, die als Inhaber, Vorstandsmitglieder oder Aufsichtsratsmitglieder oft in zahlreichen anderen Unternehmungen beschäftigt sind. Es ist geradezu unmöglich, daß sich ein solches Mitglied, wenn es etwa im Aufsichtsrat der Deutschen Bank sitzt, um alle Einzelheiten kümmert. Wenn man es für richtig halten wollte, was Küntzel[12]) schreibt, daß die Aufsichtsratsmitglieder die Geschäftsangestellten über die geschäftlichen Angelegenheiten und die Kunden über ihre Zufriedenheit mit der Ware befragen müßten, und daß sie Nachforschungen über das geschäftliche und außergeschäftliche Leben der Vorstandsmitglieder anstellen müßten, so könnte sich ein verständiger Mann nicht mehr bereit erklären, das Amt anzunehmen, und es würden nur leichtfertige Leute

11) R. Fischer, in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abt., S. 250; für die G. m. b. H. ebenso Feine in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 3. Abt., S. 563,
12) S. 43.

oder solche, die nichts zu verlieren haben, sich zu einer solchen Stellung bereit erklären [13]).

Tatsache ist, daß in vielen Fällen der Zusammenbruch von Aktiengesellschaften auf das Versagen des Aufsichtsrats zurückzuführen ist und zwar auf die mangelnde Intensität seiner Kontrolltätigkeit. Es muß aber bestritten werden, daß dem durch gesetzliche oder Satzungsbestimmungen restlos abgeholfen werden kann. In erster Linie sind es immer die Persönlichkeiten und nicht die papierenen Normen, die das Leben gestalten. Es wäre nutzlos, wollte der Gesetzgeber vorschreiben, daß nur Fachleute heranzuziehen seien, also Personen, die eine der Eigenart des Unternehmens entsprechende oder verwandte Berufsstellung einnehmen [14]); die Schwierigkeit, eine genügend genaue gesetzliche Definition des Fachmannes zu finden, wäre wohl nicht zu beheben. Dasselbe ist zu sagen von dem Vorschlage, für die verschiedenen Richtungen der Tätigkeit des Aufsichtsrats, geeignete Sachverständige auszusuchen [15]), also etwa in jeden Aufsichtsrat einen Juristen, einen Bücherrevisor [16]), einen Wirtschaftsführer, einen Techniker aus der betreffenden Branche usw. zu senden. Mag dies auch wirtschaftlich wünschenswert sein, so darf es nicht auf dem Wege der Gesetzgebung angeordnet werden. Abzulehnen ist auch die Idee, zwecks intensiverer Kontrolle, Aufsichtsrats-Dezernate zu schaffen, z. B. Kassendezernate, Dezernate für Buchführung, für Kredite, für Rohstoffbezug, für Bestandskontrolle, für Konsortialgeschäfte, für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen usw. [17]). Die bisherige kollegiale Stellung des Aufsichtsrats würde damit gesprengt und eine Zersplitterung der Verwaltung herbeigeführt werden.

Es ist daher richtig, wenn das AGes nähere Bestimmungen über die Art und Weise der Kontrolle unterlassen hat und in § 95, Abs. 1 schlechthin bestimmt: „Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen." Die Kontrolle muß jeweils den

13) Staub. Einleitung II zu § 246; Rießer (S. 301) schreibt mit Recht, daß es unmöglich sei, daß der Aufsichtsrat in großen Betrieben die Bücher ständig prüfe, wozu ja nicht einmal alle Vorstandsmitglieder imstande seien.

14) So Warschauer, S. 22 und 7. Vgl. dazu Stier-Somlo, S. 40 und Passow, S. 163.

15) Küntzel, S. 88.

16) Ueber die Betätigung eines Bücherrevisors als Aufsichtsratsmitglied siehe Passow, S. 163.

17) Warschauer, S. 19 ff.

einzelnen Verhältnissen angepaßt sein; ihr Umfang richtet sich nach dem, was für den Einzelfall die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters fordert (§§ 99, 84)[18].

Da zur Ueberwachung eines kaufmännischen Unternehmens kaufmännische Kenntnisse erforderlich sind, wird jedes Aufsichtsratsmitglied über ein Mindestmaß solcher verfügen müssen[19]. Wenn auch nach § 135 der Jahresabschluß durch einen oder mehrere Abschlußprüfer zu prüfen ist, so wird dadurch der Aufsichtsrat von seiner Prüfungspflicht nicht befreit, sondern es wird ihm durch diese gesetzliche Pflichtprüfung nur die eigene Prüfung erleichtert[20]. Eigene kaufmännische Kenntnisse sind also für jedes Mitglied notwendig[21]. Fehlen sie, so darf das Amt nicht übernommen werden.

Freilich darf das einzelne Mitglied sachverständige Hilfskräfte heranziehen. Ein Verstoß gegen den Abs. 6 des § 95, wonach die Aufsichtsratsmitglieder ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen dürfen, ist das nicht, denn die Hilfskräfte erledigen nicht die Obliegenheiten des Mitgliedes, sondern unterstützen es nur bei der Erledigung. Auch auf diese Weise kann die eigene Verantwortlichkeit niemals abgewälzt werden. War es gerechtfertigt, trotz der zwingend vorgeschriebenen Heranziehung von Abschlußprüfern noch weitere Sachverständige heranzuziehen, um der Aufsichtspflicht genügen zu können, so trägt die Gesellschaft die Kosten dafür, denn es geschah in ihrem Interesse[22].

Wenn nach einem Geschäftsverteilungsplan einem Mitglied bestimmte Geschäfte übertragen sind, so werden dadurch die übrigen Mitglieder nicht der Pflicht enthoben, eine — wenigstens summarische — Ueberprüfung vorzunehmen.

Wenn es in § 95, Abs. 1 heißt, daß der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen hat, so heißt das, daß er den Vorstand, der ja die Geschäftsführung hat, zu überwachen hat. Es sind also nicht die Angestellten der AG, an die sich bei Be-

18) Schlegelberger, Anm. 5 zu § 95.
19) Fischer in Ehrenbergs Handbuch, Bd. II, S. 250.
20) Höppner, S. 260, 261.
21) Baumbach, Anm. 4 zu § 95.
22) Schlegelberger, Anm. 40 zu § 96; Fischer in Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, S. 246 (bestritten).

mängelung der Aufsichtsrat zu wenden hat; sollten diese sich weigern, sich einer Prüfung zu unterwerfen, so hat er kein Zwangsmittel gegen sie, darf ihnen auch nichts befehlen. Hält der Aufsichtsrat die von den Angestellten getroffenen Maßnahmen für unrichtig, so hat er sich dieserhalb an den Vorstand zu wenden [23]).

Zu befehlen hat der Aufsichtsrat auch dem Vorstand nichts. (Nach altem Recht konnte dies allerdings durch die Satzung vorgeschrieben werden.) Sollte der Vorstand den Aufsichtsrat von der Ausführung seiner gesetzlichen Aufgaben ausschließen oder in ihrer Ausübung ungebührlich beschränken, so kann nicht auf Unterlassung dieser Ausschließung oder Beschränkung geklagt werden; es bleibt nur der Weg, sich an die Hauptversammlung zu wenden [24]). Der Vorstand hat die Pflicht, alles zu tun, dem Aufsichtsrat die Erfüllung seiner Pflichten zu ermöglichen und zu erleichtern [25]). Es muß natürlich hierbei das richtige Mittelmaß eingehalten werden, denn eine allzu intensive Kontrolle würde den Geschäftsgang beunruhigen und somit einen Schaden bringen.

Nicht bloß auf die Gesetzmäßigkeit der Geschäftsführung, sondern auch auf ihre Zweckmäßigkeit, Richtigkeit und Vorteilhaftigkeit erstreckt sich die Aufsicht des Aufsichtsrates [26]).

Wenn auch das Gesetz nun des näheren nicht vorgeschrieben hat, in welchem Umfang und in welcher Weise die Aufsichtsführung zu geschehen hat, so gibt es dem Aufsichtsrat jedoch zwei näher bestimmte Befugnisse, die dazu dienen sollen, der Aufsichtspflicht genügen zu können. Es sind diese das Recht auf Berichterstattung durch den Vorstand (§ 95, Abs. 2) und das Untersuchungsrecht (§ 95, Abs. 3). Der Aufsichtsrat kann von diesen Befugnissen Gebrauch machen, braucht es aber auch nicht zu tun [27]).

---

23) Staub, Anm. 2 zu § 246.
24) Schlegelberger, Anm. 4 zu § 95.
25) Goldschmit, S. 170.
26) v. Gierke, § 41. III, 1.
27) Nicht zugestimmt werden kann Schlegelberger, wenn er in Anm. 16 zu § 95 schreibt, daß der Anspruch auf Berichterstattung nicht nur ein Recht des Aufsichtsrats enthalte, sondern auch eine Pflicht und daß der Aufsichtsrat sich schadensersatzpflichtig mache, wenn er schuldhaft sich nicht be-

In § 81 ist bereits die Pflicht des Vorstandes niedergelegt, dem Aufsichtsrat regelmäßig, mindestens vierteljährlich, über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens sowie dem Vorsitzer des Aufsichtsrats oder seinem Stellvertreter bei wichtigem Anlaß mündlich oder schriftlich zu berichten. Darüber hinausgehend kann nun der Aufsichtsrat nach § 95, Abs. 2 vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu Konzernunternehmungen verlangen [28]). Eine solche gesetzliche Vorschrift wie sie auch bereits in § 246, Abs. 1, Satz 2 enthalten war, ist notwendig, denn einmal kann es erforderlich sein, daß der Aufsichtsrat, um seiner Aufsichtspflicht genügen zu können, Berichte in kürzeren als vierteljährlichen Zwischenräumen benötigt [29]), und sodann muß es dem Aufsichtsrat gestattet sein, Auskunft gerade über die Angelegenheiten zu verlangen, deren Kenntnis ihm notwendig erscheint und nicht bloß über die, über die der Vorstand in seinen vierteljährlichen Berichten Mitteilungen zu machen für ausreichend hält. Dem Aufsichtsrat darf nichts verborgen bleiben, denn nur, wenn ihm alles offenbart wird, kann er seiner Auf-

richten lasse. Es könnte ja sein, daß der Aufsichtsrat auch ohne Berichterstattung über alles Bescheid weiß, etwa bei kleinen, übersichtlichen Verhältnissen oder durch intensives Studium der Bücher und Geschäftspapiere. Es wird in beiden Absätzen das Wort „kann" gebraucht. — Anders ist es nach Art. 184 des codice di commercio, wonach die sindaci mindestens alle drei Monate die Bücher und Belege der Gesellschaft prüfen müssen. (Vgl. Vonmoos, Die Verwaltungs- und Kontrollorgane der Aktiengesellschaft nach dem System des italienischen HGB, S. 58.)

28) Nach Schweizer Recht haben die Mitglieder des Verwaltungsrats das Recht, in der Sitzung des Verwaltungsrats von den zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Personen Auskunft über den Geschäftsgang und über einzelne Geschäfte zu verlangen. Der Verwaltungsrat kann die Vorlegung der Bücher und Akten anordnen (Art. 713 OR [neu!]). Hier zeigt sich die der Praxis überlassene Aufspaltung des Verwaltungsrats in zwei Mitgliedergruppen, in die geschäftsführenden und vertretenden Mitglieder, das ist die „Direktion", und in die übrigen, im wesentlichen nur kontrollierenden Mitglieder, die also etwa die Stellung des deutschen Aufsichtsrats haben. Dasselbe zeigt sich in Art. 722, Abs. 2, Nr. 3 OR, wo die neue Vorschrift enthalten ist, daß „die Verwaltung" verpflichtet ist, die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten im Hinblick auf die Beobachtung der Gesetze, Statuten und allfälligen Reglemente zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmäßig unterrichten zu lassen.

29) Man denke an Maßnahmen, die das Unternehmen in Hinblick auf die Verkündung des Vierjahresplanes sofort zu veranlassen haben wird.

sichtspflicht genügen. Selbstverständlich findet das Recht auf Bericht seine Grenze bei mißbräuchlichem Verlangen (§ 226 BGB)[30]. Ein solches würde z. B. vorliegen, wenn Auskunft zur Unzeit verlangt oder über denselben Gegenstand noch einmal gefordert wird. Eine entsprechende Anwendung des § 112, Abs. 3, wonach Aktionären dann Auskunft verweigert werden kann, wenn überwiegende Belange der Gesellschaft oder eines beteiligten Unternehmens oder der gemeine Nutzen von Volk und Reich es erfordern, ist jedoch nicht zulässig, denn der Aufsichtsrat gehört ja zur Verwaltung und muß alles wissen, um seinen Pflichten nachkommen zu können[31].

Der Vorstand hat den Bericht erschöpfend zu erstatten, darf also Wesentliches nicht verschweigen, er darf ihn nie verweigern und darf nicht falsch berichten. Er kann durch das Registergericht durch Ordnungsstrafen zur Berichterstattung angehalten werden (§ 303, Abs. 1). Die Pflicht zur jederzeitigen Berichterstattung schließt die Pflicht für den Vorstand in sich, sich dauernd auf dem laufenden zu halten.

Es ist dem Ermessen des Aufsichtsrats anheimgestellt, ob er sich mit einem mündlichen Bericht begnügen oder einen schriftlichen anfordern will.

Der Bericht über die Konzernunternehmungen war im HGB vor Erlaß der Aktiennovelle von 1931 noch nicht vorgeschrieben; bei dieser Neuerung ist der Wortlaut des § 95, Abs. 2 zu beachten: nur über die Beziehungen der AG zu dem Konzernunternehmen, nicht über deren eigene Angelegenheiten ist zu berichten[32].

§ 246 HGB gab — vor Erlaß der Aktiennovelle von 1931 — das Recht auf Berichterstattung nur dem Aufsichtsrat als solchem, nicht dem einzelnen Mitglied[33]. Das ermöglichte dem einzelnen Mitglied, sich Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber darauf zu berufen, daß es ihm ohne Verschulden nicht möglich gewesen sei, sich über die Geschäftslage zu unterrichten[34]. Um dem vorzubeugen, gibt nunmehr

30) Baumbach, Anm. 3 zu § 95; Staub, Anm. 5 zu § 246.
31) Schlegelberger, Anm. 22 zu § 95.
32) Vgl. Lenze, S. 28.
33) Brodmann, Anm. 2a zu § 246.
34) v. Gierke, § 41, III, 1; Homburger, JW 1931, S. 2935.

§ 95, Abs. 2, Satz 2 auch jedem einzelnen Mitglied aus eigenem Recht — also nicht nur als Beauftragtem des Aufsichtsrats — die Befugnis, Bericht zu verlangen, und zwar in derselben Weise, wie sie dem Aufsichtsrat als solchem zusteht. Eine mißbräuchliche Ausübung der Befugnis ist ihm ebenfalls nicht erlaubt. Sie würde z. B. vorliegen, wenn die verlangte Auskunft zu eigenen Zwecken verlangt werden würde oder wenn bereits über die fragliche Angelegenheit ein Bericht an den gesamten Aufsichtsrat vorliegt. Das Mitglied kann die Berichterstattung nicht an sich, sondern nur an den Aufsichtsrat als solchen verlangen, von dem es dann Auskunft erlangen kann. Lehnt der Vorstand das Verlangen ab, so hat das einzelne Mitglied einen Anspruch auf Berichterstattung nur, wenn der Vorsitzer des Aufsichtsrats das Verlangen unterstützt; es genügt nicht, daß die Unterstützung durch ein oder mehrere andere Mitglieder erfolgt.

Eine wirksame Ergänzung des Rechtes auf Berichterstattung bildet das Untersuchungsrecht gemäß § 95, Abs. 3. Der Aufsichtsrat ist danach befugt, die Bücher und Schriften der Gesellschaft, sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einzusehen und zu prüfen. Auf diese Weise kann die Wahrheit und Vollständigkeit der Berichte des Vorstandes kontrolliert werden. Außer den besonders wichtigen Gegenständen, Geld, Wertpapieren und Waren, die vom Gesetz besonders aufgeführt sind, kämen noch in Frage: die Fabrikationslagen, das Büroinventar, die Wohlfahrtseinrichtungen für die Gefolgschaft; alles dies darf der Aufsichtsrat besichtigen.

Da es praktisch undurchführbar ist, daß ein beispielsweise zehnköpfiger Aufsichtsrat als Kollegium Bücher, Kasse, Wertpapiere usw. einsieht, läßt es das Gesetz zu, daß damit auch einzelne Mitglieder oder, für bestimmte Aufgaben, besondere Sachverständige betraut werden. Das Untersuchungsrecht steht aber nur dem Aufsichtsrat als solchem, nicht einem einzelnen Mitglied zu; dieses muß immer erst betraut werden, hat also nicht, wie nach Abs. 2 des § 95, ein selbständiges Recht. Das ergibt sich klar aus der Gegenüberstellung der Absätze 2 und 3. Als Sachverständige kommen besonders Wirtschaftstreuhänder und Buchprüfer in Frage; ihnen

darf der Aufsichtsrat nur bestimmte Aufgaben stellen, darf ihnen nicht das ganze Untersuchungsrecht übertragen. Sie sind sorgfältig auszuwählen, damit nicht die Gesellschaft durch Preisgabe der Betriebsgeheimnisse Schaden erleidet.

Die Ausübung des Untersuchungsrechts kann in gleicher Weise, wie das Recht der Berichterstattung, durch Ordnungsstrafen gegen die Vorstandsmitglieder erzwungen werden (§ 303, Abs. 1).

Im Anschluß an die Regelung der Aufsichtsführung des Aufsichtsrats in den Absätzen 1—3 des § 95 folgt in Absatz 4 die Bestimmung, daß der Aufsichtsrat die Hauptversammlung zu berufen hat, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert. Aus dieser zusammenhängenden Regelung ist zu schließen, daß in erster Linie als Gründe für die Einberufung Umstände in Frage kommen, die sich aus der Aufsichtsführung ergeben. Da sich diese gegen den Vorstand richten, so werden es schwerwiegende Meinungsverschiedenheiten zwischen Aufsichtsrat und Vorstand sein, die den ersteren bewegen, zum Wohle der Gesellschaft die Hauptversammlung einzuberufen. Es könnte sein, daß der Aufsichtsrat im Zweifel ist, ob der Anlaß, aus dem die Meinungsverschiedenheit entstanden ist, einen wichtigen Grund bildet, den Vorstand abzuberufen; er mag die Entscheidung hierüber der Hauptversammlung überlassen wollen, oder mag die Absicht haben, vor Abberufung des Vorstandes sich eine Vertrauenskundgebung der Hauptversammlung zu verschaffen [35]).

Die dem Abs. 4 des § 95 entsprechende Vorschrift des Abs. 2 des § 246 hat zu Streit Anlaß gegeben. Das Reichsgericht [36]) hielt die Pflicht des Aufsichtsrats zur Einberufung der Generalversammlung dann gegeben, wenn es sich um die Einlassung auf ein kostspieliges, riskantes und deshalb die Interessen der Aktionäre in besonderem Maße berührendes Unternehmen handelte. Mag man diese Entscheidung für das damalige Recht auch für richtig halten [37]), so kann sie doch für das heutige Recht nicht mehr Gültigkeit haben, da heute der Vorstand die Geschäfte selbständig unter eigener Verantwortung zu leiten hat (§ 70). Selbst bei ungewöhnlichen Geschäften bedarf er nicht der Ge-

35) Baumbach, Anm. 5 zu § 95; Schlegelberger, Anm. 2 zu § 253.
36) Holdheim, 12, 127.
37) Ihr widerspricht Brodmann, Anm. 2 zu § 253.

nehmigung der Hauptversammlung; diese kann ihm nicht einmal bindende Anweisungen zur Unterlassung solcher Geschäfte geben. Nicht also aus Anlaß einzelner Geschäfte besteht nach § 95, Abs. 4 die Einberufungspflicht des Aufsichtsrats, sondern nur aus Anlaß von Umständen, die ganz allgemein das Wohl der Gesellschaft betreffen. Außer den Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden Verwaltungsträgern kämen noch in Frage: erhebliche Geschäftsverluste, auch wenn der Fall des § 83 (Ueberschuldung, Zahlungsunfähigkeit) nicht vorliegt, Verschmelzungspläne, Einsatz des Unternehmens für den Vierjahresplan, beabsichtigte Verstaatlichung usw. [38]).

Das Recht des Aufsichtsrats auf Einberufung der Hauptversammlung ist unentziehbar und steht selbständig neben dem des Vorstandes (§ 105). Es steht nur dem Aufsichtsrat als Kollegium, nicht dem einzelnen Mitglied und nicht dem Vorsitzer zu. Das Recht ist zugleich eine Pflicht; Verletzung derselben macht schadensersatzpflichtig (§§ 99, 84).

Die Kosten der vom Aufsichtsrat einberufenen Hauptversammlung trägt die Gesellschaft.

Die Aufsichtsratsmitglieder haben in dieser, wie überhaupt in jeder Hauptversammlung das Teilnahmerecht, auch wenn sie nicht Aktionäre sind. Sie dürfen in ihr reden und Anträge stellen, jedoch nicht mit abstimmen (§ 102, Abs. 2).

Es wurde oben ausgeführt, daß das Gesetz keine näheren Vorschriften über die Art und Weise und Intensität der Aufsichtstätigkeit des Aufsichtsrates erlassen hat. Mangels Bestimmungen in der Satzung ist dies dem freien Ermessen des Aufsichtsrats überlassen. Nur in einer Hinsicht ordnet das Gesetz eine konkrete Prüfung an, die unbedingt vorgenommen werden muß. Sie bezieht sich auf das Allerwichtigste, nämlich auf die Finanzwirtschaft der Gesellschaft. Es bestimmt § 96, daß der Aufsichtsrat den Jahresabschluß, den Vorschlag für die Gewinnverteilung und den Geschäftsbericht — der ja die bedeutendste Unterlage für zu fassende Entschließungen ist — zu prüfen und der Hauptversammlung darüber Bericht zu erstatten habe. In dem Bericht hat der Aufsichtsrat mitzuteilen, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Ge-

38) Danielcik, Anm. 8 zu § 95.

sellschaft während des Geschäftsjahres geprüft hat, welche Stelle den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht geprüft hat, und ob diese Prüfungen nach ihrem abschließenden Ergebnis zu wesentlichen Beanstandungen Anlaß gegeben haben.

Durch diese Vorschriften wird *der Hauptversammlung eine gewisse Kontrolltätigkeit über die Aufsichtsführung des Aufsichtsrats gegeben*. Er wird gezwungen, mitzuteilen, daß er und wie er die für das Leben der AG wichtigsten Umstände geprüft und in welcher Intensität er im allgemeinen seiner Aufsichtspflicht über die laufende Geschäftsführung — mag ihm auch diese Intensität selber zu bestimmen überlassen sein— nachgekommen ist.

Der Jahresabschluß, der sich aus der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung zusammensetzt, ist vom Vorstand aufzustellen und dem Aufsichtsrat vorzulegen (§ 125, Abs. 1). Den Vorschlag für die Gewinnverteilung hat ebenfalls der Vorstand anzufertigen und dem Aufsichtsrat vorzulegen (§ 126, Abs. 2). Dasselbe gilt für den Geschäftsbericht (§ 127, Abs. 1). Jedes Aufsichtsratsmitglied darf diese Urkunden einsehen; die Satzung kann anordnen, daß jedem Mitglied eine Abschrift zu fertigen ist. Die Tätigkeit der Abschlußprüfer (§ 135, Abs. 1) enthebt den Aufsichtsrat nicht von seiner Verantwortlichkeit [39]) [40]).

Der Bericht des Aufsichtsrates ist schriftlich zu erstatten; das geht daraus hervor, daß er zwei Wochen hindurch in den Geschäftsräumen der Gesellschaft auszulegen ist (§ 125, Abs. 6). Damit ist aber nicht gesagt, daß außerdem mündliche Berichterstattung nicht verlangt werden könnte [41]).

Wenn es in Abs. 2 des § 96 heißt, daß im Bericht des Aufsichtsrates anzugeben ist, welche Stelle den Jahresabschluß und

39) Die Aktienrechtsnovelle von 1931 hat das bewußt abgelehnt. Es findet also eine Kumulation der Kontrolle statt. Das ausländische Recht kennt *entweder* den Aufsichtsrat als ständiges Organ *oder* den Bilanzprüfer als periodisch in Funktion tretendes Organ, aber nicht beides. In Oesterreich und Polen besteht die Wahlmöglichkeit zwischen dem einen oder dem anderen Organ. Nur nach norwegischem Recht ist für Aktienbanken *neben* dem Aufsichtsrat der Revisor als ständiges Organ vorgesehen (vgl. Homburger, JW 1931, S. 2935).

40) Anders bei der freier gestellten G. m. b. H. Deren Satzung kann die Arbeit des Aufsichtsrats Revisoren mit befreiender Wirkung übertragen (vgl. Feine in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 3. Abt., S. 563).

41) Schlegelberger, Anm. 16 zu § 96; Raumbach, Anm. 3 zu § 96.

den Geschäftsbericht geprüft hat, so sind die Namen der Abschlußprüfer mitzuteilen. In der Regel werden sie der Hauptversammlung bekannt sein, da sie von ihr gewählt sind (§ 136, Abs. 1); da aber die Möglichkeit besteht, daß die Abschlußprüfer vom Gericht bestellt sind (§ 136, Abs. 4), so kann die Mitteilung der Namen für die Hauptversammlung von Bedeutung sein. Gegebenenfalls sind die Namen besonderer vom Aufsichtsrat herangezogener Sachverständiger anzugeben. Haben die Abschlußprüfer und Sachverständigen keine Beanstandungen gemacht, so hat der Aufsichtsrat in seinem Bericht mitzuteilen, ob er diese Auffassung teilt. Wurden Beanstandungen gemacht, die vorher nicht behoben werden konnten, so hat der Aufsichtsrat nicht bloß diese Beanstandungen der Abschlußprüfer und Sachverständigen in seinem Bericht mitzuteilen, sondern zugleich auch das Ergebnis seiner eigenen Beurteilung kundzugeben. Niemals ist der Aufsichtsrat der eigenen Stellungnahme enthoben[42]). Nur soweit die Beanstandungen — die eigenen und die der Abschlußprüfer und Sachverständigen — wesentlich sind, ist über sie zu berichten. Die Prüfung und Berichterstattung kann der Aufsichtsrat einem Ausschuß übertragen; er wird aber auch dadurch nicht der eigenen Verantwortung ledig. Der vom Ausschuß verfaßte Bericht ist immer nur ein Entwurf, der der endgültigen Beschlußfassung des gesamten Aufsichtsrats unterliegt.

§ 17. Die Mitwirkung des Aufsichtsrats bei der Geschäftsführung.

Die positive Bestimmung des § 70, Abs. 1 über die Zuständigkeit des Vorstandes zur Leitung der Gesellschaft wird in negativer Richtung unterstrichen durch die Bestimmungen in § 95, Abs. 5, wonach Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden können[43]), ferner auch durch § 103, Abs. 2, wonach die Hauptversammlung Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden darf, wenn der Vorstand es verlangt. Die Satzung darf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nicht verschieben, geschweige denn darf die Hauptversammlung oder

42) Vgl. Trumpler, Die Bilanz der AG, Berlin und Leipzig 1937, S. 258.

der Vorstand oder der Aufsichtsrat es tun. Es ist aber zulässig, daß der Vorstand die Ausführung einzelner Geschäfte einem Aufsichtsratsmitglied überläßt. Dabei darf es sich aber nur um ein solches Geschäft handeln, das nach Umfang und Bedeutung nicht so erheblich ist, daß es der Ueberprüfung des Aufsichtsrats bedürfte[44]). Der Vorstand kann sich auch nicht selber seines Geschäftsführungsrechts und der Geschäftsführungspflicht begeben. Wohl aber das Gesetz selber in verschiedenen Fällen dem Aufsichtsrat gewisse Geschäftsführungsakte übertragen.

Eine Verwischung der klaren Zuständigkeitstrennung ist es nicht, wenn das Gesetz weiter bestimmt, daß die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen können, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden sollen (§ 95, Abs. 5, Satz 2). Wird dies bestimmt, so ist es immer noch allein der Vorstand, der die Geschäfte zu führen hat; ohne seinen Willen kann nichts ausgeführt werden, er braucht sich Befehle zur Ausführung nicht gefallen zu lassen. Insofern kommt es insofern zu einer Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes, als u. U. von ihm beabsichtigte Geschäfte unterlassen werden müssen. Wird dem an die Zustimmung gebundenen Geschäft zugestimmt, so wird dadurch der Vorstand seiner Verantwortung nicht enthoben.

Ueber die Art der einer Zustimmung unterwerfbaren Geschäfte sagt das Gesetz nichts. Man wird die Vorschrift so auszulegen haben, daß die Zustimmungspflicht nicht so weit ausgedehnt werden darf, daß der Vorstand so erheblich geknebelt wird, daß von eigenverantwortlicher Leitung nicht mehr gesprochen werden kann[45]). Das wäre der Fall, wenn die Satzung fast alle Arten von Geschäftsführungsakten aufzählen würde. Damit wäre dem Vorstand die selbständige Geschäftsführung genommen und die ganz wesentliche gesetzliche Neuregelung der verstärkten Stellung des Vorstandes zunichte gemacht, es wäre der unverrückbare Grundpfeiler der Zuständigkeitsverteilung der

43) Auch in Bulgarien ist dem Aufsichtsrat die Geschäftsführung ausdrücklich untersagt (vgl. Homburger, JW 1931, S. 2935).

44) Wilhelmi, JW 1938, S. 8.

45) Danielcik, Anm. 9 zu § 95; von Breska, Bankarchiv XXXVII, S. 156.

beiden Verwaltungsorgane, an dem, da er sich bewährt hat, nach wie vor festgehalten werden soll, umgeworfen[46]). Hierbei muß der Gedanke richtungweisend sein, daß das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates ein Ausfluß seiner Ueberwachungspflicht ist, die ihm erleichtert werden soll; durch die Erforderlichkeit seiner Zustimmung behält er stets die Uebersicht und kann nicht überrascht werden.

Das Gesetz spricht von „bestimmten Arten von Geschäften"; in der Regel wird die Anordnung also bestimmte Kategorien aufzählen, also z. B. Grundstücksgeschäfte oder Devisenverkäufe. Das schließt aber nicht aus, daß der Aufsichtsrat ein ganz bestimmtes bevorstehendes einzelnes Geschäft seiner Zustimmung unterwirft, z. B. den Verkauf eines Patentes.

Die Zustimmung kann auch stillschweigend erteilt werden, etwa so, daß der Aufsichtsrat auf die Anzeige des Vorstandes vom beabsichtigten Geschäft eine Erklärung unterläßt.

Da die Vertretungsmacht des Vorstandes nach außen hin unbeschränkbar ist (§ 74, Abs. 2), hat die Zustimmung nur im Innenverhältnis Bedeutung. Ihr Fehlen bewirkt nicht Unwirksamkeit des Geschäfts, sondern nur Schadensersatzpflicht des Vorstandes.

Die gesetzlich zwingend festgelegte Zuständigkeitsregelung kann dadurch nicht umgangen werden, daß dieselbe Person gleichzeitig Aufsichtsrat und Vorstandsmitglied ist. In wesentlicher Uebereinstimmung mit § 248 HGB verbietet das § 90. Die beiden Verwaltungsträger haben entgegengesetzte Aufgabenkreise; niemand kann — juristisch — der Wächter über sich selber sein. Nicht streng durchgeführt ist die Inkompatibilität zwischen stellvertretendem Vorstandsmitglied und Aufsichtsratsmitglied. Zwar darf kein Aufsichtsratsmitglied dauernder Vertreter von Vorstandsmitgliedern sein (§ 90, Abs. 1), wohl aber darf der Aufsichtsrat für einen im voraus begrenzten Zeitraum einzelne seiner Mitglieder zu Vertretern von behinderten Vorstandsmitgliedern bestellen (§ 90, Abs. 2, Satz 1). Während dieser Zeit bleibt zwar der Bestellte Mitglied des Aufsichtsrats, hat sich aber jeder Tätigkeit als solches zu enthalten (ebenda Satz 2). Der Gesetzgeber hat diese Ausnahme gemacht, weil es

46) Baumbach, Anm. 6 zu § 95.

sich für kleinere Gesellschaften, die nur wenige Vorstandsmitglieder haben, oft nachteilig auswirken kann, daß ein Mitglied für einen Zeitraum verhindert ist[47]).

Die Bestellung eines Aufsichtsrats zum Vertreter eines Vorstandsmitgliedes darf selbst dann erfolgen, wenn dadurch der Aufsichtsrat beschlußunfähig wird, weil die ungestörte Geschäftsführung und das Vorhandensein einer gesetzlichen Vertretung wichtiger ist, als die Beschlußfähigkeit des nur sporadisch tätigen Aufsichtsrats[48]).

Das zum Vertreter eines Vorstandsmitgliedes bestellte Aufsichtsratsmitglied rückt vollständig in die Rechtstellung des behinderten Vorstandsmitgliedes ein; nur das Wettbewerbsverbot des § 79 gilt für es nicht (§ 90, Abs. 2, Satz 3).

Ein Aufsichtsratsmitglied darf auch nicht als Angestellter die Geschäfte der Gesellschaft führen (§ 90, Abs. 1, Satz 2). Dieses Verbot beruht auf demselben Grunde wie die Unvereinbarkeit mit der Vorstandsmitgliedschaft. Als Angestellter der Gesellschaft wäre das Aufsichtsratsmitglied der Befehlsgewalt des Vorstandes unterworfen, den es zu überwachen hat. Die Vorschrift war ebenfalls bereits in § 248 HGB enthalten, nur daß dort der unrichtige Ausdruck „Beamter" gebraucht wurde. Nicht nur eine leitende Stellung wird durch die Vorschrift als betroffen anzusehen sein, sondern auch eine untergeordnete, wie Handlungsgehilfe oder Werkmeister, dagegen nicht die Ausübung solcher Dienstleistungen höherer Art für die Gesellschaft, die ihrer Natur nach nicht ein Abhängigkeitsverhältnis zum Vorstand begründen, wie die eines Vertrauensarztes, eines beratenden Architekten, eines die Prozesse für die Gesellschaft — wenn auch ständig — führenden Rechtsanwalts oder eines Justitiars[49]).

Durch das Gesetz haben der Aufsichtsrat bzw. seine Mitglieder in folgenden Fällen Geschäftsführungsbefugnisse übertragen erhalten:

Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder und beruft sie ab (§ 75). Diese Vorschrift ist neu. Das HGB überließ es dem Gesellschaftsvertrage, hierüber Bestimmungen zu treffen (§ 182,

47) Schlegelberger, Anm. 5 zu § 90; Brodmann, Anm. 2 zu § 248.
48) RGZ in JW 1930, S. 1413.
49) Bezüglich des Justitiars a. M. Brodmann, Anm. 1 c zu § 248 und Baumbach, Anm. 2 zu § 90; richtig Staub, Anm. 1 zu § 248.

Abs. 2, Nr. 4 HGB). In der Regel wurde das Recht zur Bestellung dem Aufsichtsrat und nicht der Generalversammlung gegeben. Das neue Recht folgt dieser Praxis, so daß heute die Bestellung ausschließlich dem Aufsichtsrat zusteht; dieses Recht kann ihm durch die Satzung nicht genommen werden. Eine Bestellung von anderer Seite, auch eine Kooptation, wäre nichtig.

Bei der Bestimmung des § 75 handelt es sich um die Bestellung, nicht um die Anstellung. Diese wird in § 97 behandelt, wobei der Aufsichtsrat nicht als geschäftsführendes, sondern als Vertretungsorgan wirkt. Die Bestellung geschieht durch einseitigen körperschaftsrechtlichen Akt des Aufsichtsrats und verleiht dem Bestellten nach außen die Stellung eines Vorstandsmitgliedes. Die Anstellung ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Dienstvertrag oder Auftrag, und verschafft dem Angestellten noch nicht die Stellung als Vorstandsmitglied [50]). In gleicher Weise ist zwischen Widerruf der Bestellung (§ 75, Abs. 3) und Kündigung des Anstellungsvertrages zu unterscheiden; beide Akte brauchen nicht notwendig zusammenzufallen [51]). Es könnte ja das Vorstandsmitglied trotz Abberufung Angestellter der Gesellschaft bleiben (vgl. § 75, Abs. 3, Satz 5). Das Recht auf Abberufung steht dem Aufsichtsrat ebenfalls als ausschließliches Recht zu; es kann ihm durch die Satzung nicht genommen werden und auch nicht durch einen Dritten ausgeübt werden.

Jedes Mitglied des Aufsichtsrats hat zusammen mit den Mitgliedern des Vorstandes den Hergang der Gründung zu prüfen (§ 25). Diese Prüfung unterliegt nicht den Verwaltungsträgern als solchen, sondern jedem einzelnen Mitglied [52]). Ueber die Prüfung ist schriftlich Bericht zu erstatten (§ 26, Abs. 2).

Sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats haben bei der Anmeldung der AG zur Eintragung in das Handelsregister mitzuwirken (§ 28). Diese Pflicht trifft ebenfalls nicht den Aufsichtsrat als solchen, sondern nur die einzelnen Mitglieder.

Der Vorsitzer des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter hat — zusammen mit dem Vorstand — den Beschluß über die Er-

50) Baumbach, Anm. 2 B zu § 75.

51) Schlegelberger, Anm. 2 zu § 75. Anders ist es bei den Aufsichtsratsmitgliedern. Vgl. darüber S. 34/35.

52) Staub, Anm. 1 zu § 192; Baumbach, Anm. 2 zu § 25.

höhung des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 151). Nach dem entsprechenden § 280 des HGB waren an Stelle des Vorsitzers hierfür sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats zuständig.

Der Vorsitzer des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter haben — zusammen mit dem Vorstand — die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 155). Nach dem entsprechenden § 284 des HGB waren an Stelle des Vorsitzers hierfür sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrats zuständig.

Der Vorsitzer des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter haben — zusammen mit dem Vorstand — den Beschluß über die bedingte Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 162).

Zur Ausgabe neuer Aktien bei genehmigtem Kapital ist die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich und zwar des Kollegiums als solchen (§ 169, Abs. 3, Satz 2).

Nicht übernommen worden ist in das AGes die Vorschrift des § 232, Abs. 2, Satz 2, wonach der Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag ermächtigt werden konnte, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugnis zu erteilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten.

Ebenfalls nicht übernommen worden ist die Vorschrift des § 238 HGB, wonach der Vorstand einen Prokuristen grundsätzlich nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats bestellen durfte.

§ 18. Der Aufsichtsrat als Vertretungsorgan.

Die Gesellschaft wird gerichtlich und außergerichtlich durch den Vorstand vertreten (§ 71, Abs. 1). Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen ist der Aufsichtsrat ihr gesetzlicher Vertreter. Die diesbezüglichen Vorschriften sind — als Ausnahmevorschriften — eng auszulegen.

1. Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten mit Vorstandsmitgliedern.

Der Aufsichtsrat ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen diese die von der Hauptversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen (§ 97, Abs. 1). Die Vorschrift

entspricht dem § 247 HGB. In beiden Gesetzesstellen wird das Wort „befugt" gebraucht. Daraus ergibt sich, daß der Aufsichtsrat nicht die alleinige Stelle ist, die Rechtsgeschäfte mit den Vorstandsmitgliedern abschließen kann[53]). Es könnte auch der Vorstand mit seinen Mitgliedern Geschäfte abschließen, wenn ihm der Aufsichtsrat dies gestattet oder wenn das Rechtsgeschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 181 BGB). Ebensowenig wird durch § 97, Abs. 1 das Recht des Vorstandes, mit einzelnen Mitgliedern Rechtsstreitigkeiten zu führen, ausgeschlossen. Geschieht das, so ist der Aufsichtsrat befugt, ihm die Vertretung zu nehmen und selbst als Vertreter der Gesellschaft in den Rechtsstreit einzutreten[54]).

Erhebt ein Vorstandsmitglied Klage gegen die Gesellschaft, so bleibt es bei der Regel, daß der Vorstand und nicht der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertritt und zwar auch dann, wenn durch den Fortfall des klagenden Mitgliedes der Vorstand nicht mehr vertretungsfähig ist. Ein Vorstandsmitglied, das von der durch den Aufsichtsrat vertretenen Gesellschaft verklagt worden ist, kann keine Widerklage erheben, denn der Aufsichtsrat ist ja in Passivprozessen nicht der gesetzliche Vertreter[55]).

In erster Linie wird das in § 97, Abs. 1 niedergelegte Vertretungsrecht des Aufsichtsrates bei Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliededrn praktisch werden. Es kommen aber auch Verträge auf Kreditgewährung, Kauf, Miete und sonstige Rechtsgeschäfte in Frage.

Der Aufsichtsrat hat in seiner Gesamtheit zu handeln; es liegt also ein Fall von Kollektivvertretung vor. Die Satzung kann jedoch ein anderes vorschreiben, z. B. den Vorsitzer oder einen Ausschuß zum Vertreter bestellen. Selbstverständlich kann auch der Aufsichtsrat ein einzelnes Mitglied bevollmächtigen.

Nach außen hin ist die Vertretungsbefugnis unbeschränkbar, nach innen durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluß will-

---

53) Bestritten. Vgl. Staub, Anm. 1 zu § 247; Brodmann, Anm. 1 zu § 247; Baumbach, Anm. 2 zu § 297; beachte: wohl aber ist der Aufsichtsrat die einzige Stelle, die Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellen kann, vgl. S. 75/76.

54) Schlegelberger, Anm. 4 zu § 97.

55) Brodmann, Anm. 2 d zu § 247.

kürlich beschränkbar [56]). Eine die gesetzliche überschreitende Vertretungsbefugnis kann dagegen dem Aufsichtsrat durch die Satzung oder Beschluß der Hauptversammlung nicht eingeräumt werden.

Ein besonderer Fall von gesetzlicher Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat bei Rechtsstreitigkeiten mit dem Vorstand wird im Abs. 2 des § 97 geregelt. Es handelt sich hierbei darum, daß die Verantwortlichkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes in Frage kommt. Dann kann der Aufsichtsrat — anders als im Regelfall des Abs. 1 — ohne und selbst gegen den Beschluß der Hauptversammlung Klage gegen die Vorstandsmitglieder erheben. Klägerin ist auch die Gesellschaft, nicht etwa der Aufsichtsrat als solcher [57]). Auch hier kann nicht das einzelne Mitglied, sondern nur der gesamte Aufsichtsrat klagen; es besteht Kollektivvertretung. Daß die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder ein Klagerecht gegen die Vorstandsmitglieder haben, bedurfte keiner gesetzlichen Regelung, da es sich von selbst versteht, so z. B., wenn die Aufsichtsratsmitglieder auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden und nun gegen die Vorstandsmitglieder Rückgriff nehmen wollen. Es wäre der Abs. 2 des § 97 überflüssig, wollte man den Aufsichtsrat oder die Aufsichtsratsmitglieder als Prozeßpartei betrachten und nicht die Gesellschaft.

Sowohl eine Klage nach Abs. 1 als eine solche nach Abs. 2 hat den Grund, daß eine Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft vorliegt; im Falle des Absatz 2 kommt noch eine Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder hinzu, was Prozeßvoraussetzung ist. Diese ist von Amts wegen zu prüfen; liegt eine Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder nicht vor, so ist die Klage von Amts wegen abzuweisen, denn dann ist der Aufsichtsrat ja nicht gesetzlicher Vertreter der Klägerin, der Gesellschaft [58]). Für die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder kommen die §§ 99, 84, 41 in Betracht. Die Anordnung, daß ohne und selbst gegen einen Beschluß der Hauptversammlung der Aufsichtsrat die Klage erheben kann, ist

56) Cahn, S. 119, hält eine Beschränkung im Innenverhältnis nur durch die Satzung für möglich.

57) Staub, Anm. 7 zu § 247; Goldschmit, S. 343; Brodmann, Anm. 3 zu § 247.

58) Brodmann, Anm. 3 zu § 247.

deshalb getroffen worden, weil auch ein Hauptversammlungsbeschluß ihn nicht vor der Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern schützt (§ 84, Abs. 5, Satz 3)[59].

Die Kosten der vom Aufsichtsrat erhobenen Klagen hat im Falle des Unterliegens die Gesellschaft zu tragen.

Auf ausgeschiedene Vorstandsmitglieder findet § 97 keine Anwendung; bei Prozessen zwischen ihnen und der Gesellschaft vertritt diese der Vorstand.

2. Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft.

Eine weitere Ausnahme von dem Satze, daß allein der Vorstand zur Vertretung der AG berufen ist, bringt die Bestimmung des § 199, Abs. 2, wonach bei einer Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft (§ 197) diese durch den Vorstand und Aufsichtsrat und, wenn der Vorstand klagt (§ 198, Abs. 1, Nr. 4), durch den Aufsichtsrat allein vertreten wird. Der Aufsichtsrat handelt hierbei — ebenso wie der Vorstand — als Kollegium. Erheben einzelne Aufsichtsratsmitglieder die Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft (§ 198, Abs. 1, Nr. 5), so vertritt der Restaufsichtsrat die Gesellschaft; die klagenden Mitglieder scheiden für die Vertretung im Prozesse aus dem Aufsichtsrat aus. Wird dadurch der Aufsichtsrat beschlußunfähig, so ist gemäß § 57 ZPO ein Prozeßpfleger zu bestellen[60].

Die Anfechtungsklage, deren Voraussetzungen in § 197 niedergelegt sind, ist stets gegen die Gesellschaft zu richten; nur sie ist die richtige Beklagte.

Im Konkurs der Gesellschaft vertritt sie bei Anfechtungsprozessen der Aufsichtsrat zusammen mit dem Konkursverwalter, soweit der angefochtene Beschluß die Konkursmasse angeht[61].

3. Rechtsgeschäfte mit Sachverständigen.

Obgleich die Vorschriften über die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats eng auszulegen sind, so wird man doch auch noch in dem Falle eine Vertretungsbefugnis anzunehmen haben, daß

59) Staub, Anm. 7 zu § 247; Schlegelberger, Anm. 9 zu § 97.

60) Staub, Anm. 5 zu § 272; Schlegelberger, Anm. 3 zu § 199 unter Ablehnung des Verfahrens nach § 89, was jedoch Baumbach neben der Anwendbarkeit des § 57 ZPO zulassen will (Anm. 3 zu § 199).

61) RGZ, Bd. 76, S. 276.

der Aufsichtsrat gemäß § 95, Abs. 3, Halbsatz 2 einen besonderen Sachverständigen zur Prüfung der Bücher, Schriften und Vermögensgegenstände heranzieht[62]). Das Gesetz sieht ausdrücklich eine solche Befugnis vor und legt es in das Ermessen des Aufsichtsrats, ob er von ihr Gebrauch machen will. Das kann dann nicht anders geschehen, als durch Abschluß eines Dienstvertrages mit dem Sachverständigen, aus welchem nicht der Aufsichtsrat, sondern die Gesellschaft, in deren Interesse hierbei gehandelt wird, verpflichtet wird. Nur für den Abschluß des Dienstvertrages, nicht jedoch für Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft mit dem Sachverständigen, besteht die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats.

§ 19. Der Aufsichtsrat als beratendes und unterstützendes Organ.

Aus der Stellung des Aufsichtsrats ergibt sich von selbst, daß er in erheblichem Umfange dem Vorstand als beratendes Organ zur Seite stehen wird. Rießer[63]) sah in seiner Beratungsfunktion seine Hauptaufgabe, während die Ueberwachungsfunktion, die ihm in erster Linie vom Gesetz übertragen ist, zurücktrete. Er führt weiter aus, daß dem Aufsichtsrat mit der Ueberwachung eine Aufgabe gestellt sei, die er nur schwer erfüllen könne, daß er sich dagegen als beratendes Organ im allgemeinen „außerordentlich bewährt" habe. Allein aus diesem Grunde sollte er erhalten bleiben. Durch seine Beratungstätigkeit habe er im stillen zu dem großen industriellen Aufschwung nicht wenig beigetragen. Schon bei der Errichtung der AG trete die beratende Funktion in Erscheinung, z. B. bei der sehr wichtigen Frage der Bemessung des Grundkapitals, im späteren Leben der AG bei Erhöhung des Grundkapitals, bei der Frage, ob Aktien oder Obligationen ausgegeben werden sollen, bei der Dividendenpolitik, bei An- und Verkauf von Rohstoffen, Eingehung oder Lösung von Geschäftsverbindungen, beim Import und Export, Beitritt zu Kartellen und Syndikaten, Hergabe von Krediten usw.

62) Teichmann-Köhler, Anm. 3 zu § 97; Baumbach, Anm. 2 B zu § 97; Schlegelberger erwähnt diesen Fall nicht, obgleich er offenbar in Anm. 2 zu § 97 alle Fälle von Vertretungsbefugnis erschöpfend. aufzählen will.

63) S. 296 ff.

Der Aufsichtsrat ist in der Tat zur Beratung des Vorstandes in hohem Maße geeignet, werden doch in der Praxis in der Regel Männer in ihn entsandt, die als Wirtschaftsführer ein großes Maß von Wissen und Erfahrung haben, das so der Gesellschaft nutzbar werden kann. Die Aufsichtsratsmitglieder können und werden in der Rechtswirklichkeit dem Vorstand beratend, vorbeugend und mahnend zur Seite stehen. Sie sind insbesondere dann hervorragend dazu geeignet, wenn sie mehrere Aufsichtsratsposten, zumal noch in verschiedenartigen Unternehmungen, bekleiden. Rießer [64]) hält eine Kumulation von Aufssichtsratsstellen in einer Hand aus diesem Grunde für „unerläßlich".

Und noch auf einen anderen Umstand der Rechtswirksamkeit ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen. Die Auswahl der Persönlichkeiten als Mitglieder des Aufsichtsrats wird nicht nur durch ihre wirtschaftliche oder finanzielle Erfahrung bestimmt, sondern auch durch die Lebensstellung, die sie einnehmen. Es ist eine weitverbreitete Erscheinung, daß die Wahl in den Aufsichtsrat vorwiegend deshalb erfolgt, weil die betreffende Persönlichkeit in der Lage ist, neue Geschäftsverbindungen anzubahnen, also eine unterstützende Tätigkeit für die Geschäftsführung des Vorstandes auszuüben [65]). Es wird gern jemand in den Aufsichtsrat gewählt, der bereits mit einer anderen Gesellschaft, mit der man in das Geschäft kommen oder im Geschäft bleiben möchte, als Mitglied ihrer Verwaltung enge Fühlung hat. Insbesondere ist an dieser Stelle der Bankiers und Bankdirektoren zu gedenken, für die die Zugehörigkeit zu einer ganzen Anzahl von Aufsichtsräten ja einen wichtigen Teil ihrer Berufstätigkeit bildet; sie haben bei der Vergebung von Aufträgen oft in gewichtiger Weise mitzureden. Es kann in der Wirklichkeit so liegen, daß das Wachsen und Gedeihen einer AG ganz wesentlich von der unterstützenden Tätigkeit ihrer einflußreichen Aufsichtsratsmitglieder abhängt [66]).

64) S. 297.

65) Passow, S. 175.

66) Nach Meinung von Kißkalt im Nationalsozialistischen Handbuch, S. 1147 gehören Leute, die Geschäftsverbindungen vermitteln sollen, nicht in den Aufsichtsrat, sondern in einen unverantwortlichen Beirat. — Vgl. dagegen Baumbach, Anm. 1 B zu § 86: „Die praktische Bedeutung des Aufsichtsrats liegt

Dieser beratenden und unterstüzenden Funktion des Aufsichtsrats mußte gedacht werden, obgleich das Gesetz diesbezüglich schweigt. Für den Rechtswahrer ist es immer notwendig, eine Rechtseinrichtung nicht nur so zu betrachten, wie sie sich im Lichte der geschriebenen Normen spiegelt, sondern darüber hinaus auch ihr Sein und Walten in der Wirklichkeit zu beobachten.

---

nun einmal nicht nur in seinen gesetzlichen Aufgaben, sondern er dient in hervorragendem Maße der Erhaltung geschäftlicher Beziehungen und Verbindungen, wie sie für die AG nützlich, wenn nicht unentbehrlich sind."

Kapitel IV

Die Vergütung und die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder

Die Vergütung und die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder soll hier nur in kurzem Umfange behandelt werden, da es sich hierbei nicht um die Stellung des Aufsichtsrats als solchen, sondern um die Rechtsstellung des einzelnen Mitgliedes handelt, die auf dem Anstellungsvertrag beruht. Diese erschöpfend zu beschreiben, würde eine besondere Abhandlung erfordern, die sich u. a. auch mit der arbeitsrechtlichen Stellung nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit befassen müßte [1]).

§ 20. Die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder.

Die Regelung findet sich in § 98, der dem § 245 HGB entspricht, jedoch von ihm wesentlich abweicht. Am meisten in die Augen springt die aus dem Geist der nationalsozialistischen Weltanschauung geborene Beschränkung der Vertragsfreiheit bei Festsetzung der Höhe der Vergütung. Eine derartige Vorschrift kannte das HGB nicht. Unter seiner Herrschaft bestand restlose Vertragsfreiheit bis zur Grenze des Unsittlichen und Wucherischen. Bereits um die Jahrhundertwende erregten die allzuhohen Aufsichtsrats-Tantiemen, die in keinem Verhältnis zu der Arbeitsleistung und dem Haftpflichtrisiko der einzelnen Mitglieder standen, allgemeinen Unwillen, der um so größer war, als beobachtet werden konnte, daß gerade bei den Gesellschaften, bei denen auf Grund schlechter Erfüllung der Aufsichtsratspflichten des Aufsichtsrats

1) Vgl. hierüber Gast, Aufsichtsrat und Aufsichtsratsmitglied in der Aktiengesellschaft in arbeitsrechtlicher Beziehung. Erlanger Diss. 1937. Nach Gast, S. 28, 29, 30, 31, ist das Aufsichtsratsmitglied Gefolgschaftsangehöriger und gehört somit zum Betriebe, kann aber nicht Mitglied des Vertrauensrates werden und genießt auch keinen Kündigungsschutz. Es untersteht der sozialen Ehrengerichtsbarkeit. Führer des Betriebes ist es nicht.

ein finanzieller Zusammenbruch eingetreten war, die Tantieme unverhältnismäßig hoch war[2]). So erhielt der Gesamtaufsichtsrat bei der Casseler Treber-Trocknungs-Gesellschaft im Jahre 1899 die Summe von 254 472 M., wobei auf das einzelne Mitglied 50 900 M. entfielen. Die Deutsche Bank zahlte ihrem Aufsichtsrat im Jahre 1904 die Summe von 843 000 M., gleich 3,47 % des Jahresgewinns, wobei auf das einzelne Mitglied 37 000 M. entfielen. Die Hamburg-Amerika-Linie warf im selben Jahre 493 000 M., gleich 4,99 % des Reingewinns, aus, was für das einzelne Mitglied 82 000 M. ausmachte[3]). Bei diesen Angaben ist unberücksichtigt gelassen worden, daß es vielfach üblich ist, daß die Anteile der einzelnen Mitglieder nicht gleich sind, sondern daß bei der Verteilung, die der Aufsichtsrat selbst vorzunehmen pflegt, gewöhnlich auf den Vorsitzer und möglicherweise auch auf seinen Stellvertreter zwei Anteile, auf die übrigen Mitglieder nur ein Anteil entfällt. Es wurde die Beobachtung gemacht, daß die Gewinnbeteiligung des Aufsichtsrats bei den kleineren Gesellschaften eine verhältnismäßig höhere war, als bei den größeren Gesellschaften, und daß sie sehr häufig in keinem Verhältnis zur Rentabilität des Unternehmens stand. Hinzukam, daß sich neben dem in der Regel angewandten reinen Tantiemensystem das System der festen Vergütung fand, so daß der Aufsichtsrat also selbst dann, wenn ohne Gewinn oder sogar mit Verlust gearbeitet worden war, unverhältnismäßig hoch entlohnt wurde.

Bereits im Jahre 1902 wurde der Vorschlag gemacht[4]), gesetzlich anzuordnen, daß der Höchstbetrag des Tantiemensatzes 6 % des nach Abzug der vierprozentigen Dividende freiwerdenden Reingewinns nicht überschreiten und höchstens 10 000 M. für das einzelne Mitglied betragen dürfe, und daß die auf diese Weise ersparten Beträge zur Hälfte dem Reservefonds zugeführt, zur Hälfte für Wohlfahrtseinrichtungen (Pensionskasse, Gehälterergänzungsfonds usw.) ausgegeben werden sollten.

Dieser Gedanke ist nun erst, wie so vieles andere, durch den Nationalsozialismus verwirklicht worden. Es bestimmt § 98,

2) Warschauer, Die Reorganisation des Aufsichtsratswesens (1902), S. 45.
3) Passow, S. 193, 194 mit weiteren Zahlenangaben.
4) Warschauer, S. 54 bis 59.

Abs. 1, Satz 1, daß die den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit gewährte Vergütung mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehen müsse, und es bestimmt § 98, Abs. 4, daß die Gewinnbeteiligungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienen, stehen müssen [5]). Beinahe gleichlautende Vorschriften sind für die Vergütung des Vorstandes erlassen worden (§ 78, Abs. 1, § 77, Abs. 3)

Eine dreifache Prüfung ist hier also bei Festsetzung der Höhe der Vergütung vorzunehmen:

1. Steht die Höhe der Vergütung in Einklang mit den dem Aufsichtsratsmitglied übertragenen Aufgaben?
2. Steht sie in Einklang mit der Lage des Unternehmens?
3. Steht sie, soweit sie in Gewinnbeteiligung besteht, in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienen?

Es handelt sich hierbei um kumulative Voraussetzungen. Es würde also unstatthaft sein, einem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung zu gewähren, die zwar für die Lage der Gesellschaft tragbar ist, aber in Anbetracht der Arbeitsleistung des Mitgliedes zu hoch ist, oder eine Vergütung zu gewähren, die zwar der Arbeitsleistung entspricht, aber der Lage des Unternehmens nach nicht tragbar ist, oder endlich in Gestalt einer Gewinnbeteiligung eine Vergütung zu gewähren, die sowohl der Arbeitsleistung und der Lage des Unternehmens entspricht, jedoch in keinem angemessenen Verhältnis zu den — um es kurz zu sagen — Wohlfahrtsausgaben steht.

Eine bestimmte Höchstgrenze hat das Gesetz nicht vorgeschrieben. Man kann nicht sagen, daß Vergütungen, die einen gewissen Betrag überschreiten, der heutigen Rechtsanschauung

5) Auch das revidierte Schweizer OR enthält in Art. 673 eine — neu eingefügte — Bestimmung über Wohlfahrtseinrichtungen, ohne jedoch die hierfür aufgewandten Gelder in Beziehung zu der Gewinnausschüttung für den Verwaltungsrat zu bringen. Sie lautet: „Die Statuten können insbesondere auch Fonds zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Angestellte und Arbeiter des Unternehmens vorsehen. Werden Vermögensteile Wohlfahrtszwecken erkennbar gewidmet, so sind sie aus dem Vermögen der Gesellschaft auszuscheiden und in eine Stiftung überzuführen."

nicht entsprechen. Auch das Leistungsprinzip gehört zur Gedankenwelt des Nationalsozialismus: außergewöhnliche Leistungen verdienen eine außergewöhnliche Belohnung [6]). Die Vergütung braucht auch nicht für die einzelnen Mitglieder eine gleiche zu sein, es können z. B. der Vorsitzer und sein Stellvertreter höhere Bezüge erhalten als die übrigen Mitglieder.

Unter „Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft" sind nicht die Löhne und die sozialen Abgaben (Sozialversicherungsbeiträge) zu verstehen [7]), sondern die über die gesetzlichen Pflichten hinaus freiwillig gemachten Aufwendungen zu sozialen Zwecken, z. B. zu KdF-Reisen, zu Anlagen für Erholungs- und Sportzwecke, für Pensionskassen, für den Bau von Arbeiterwohnungen und Eigenheimen, für Feriengestaltung, für freiwillige Unterstützungsleistungen für in Not geratene Gefolgschaftsmitglieder usw. Die Angemessenheit der Beträge hierfür und ihr Verhältnis zu der Gewinnbeteiligung des Aufsichtsrates richtet sich nach gesunder Volksanschauung [8]).

Unter „Einrichtungen, die dem gemeinen Wohl dienen" sind z. B. Zuwendungen für das WHW, für die Adolf Hitler-Spende, für die NS-Volkswohlfahrt, für die Verschönerungen der Gemeinde zu verstehen.

Wird gegen das Gebot des § 98, Abs. 1 durch einen Beschluß der Hauptversammlung verstoßen, so hat der Vorstand für eine Aenderung des Beschlusses zu sorgen und muß ihn gegebenenfalls anfechten. Verstößt die Regelung der Vergütung in der Satzung dagegen, so ist es Pflicht des Vorstandes, in der Hauptversammlung auf eine Aenderung der Satzung hinzuwirken. Nichtig ohne weiteres ist die im Beschluß der Hauptversammlung oder in der Satzung erfolgte Vergütungsbemessung nur dann, wenn darin ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt (§ 138 BGB) [9]).

An der Einhaltung des Gebotes des § 98, Abs. 4 ist die Oeffentlichkeit stark interessiert. Aus diesem

6) Schlegelberger, Anm. 5 zu § 98 und Anm. 5 zu § 78.

7) Begründung zu den §§ 77, 78.

8) Danielcik, Anm. 2 zu § 98 und Anm. 11 zu § 77; Baumbach, Anm. 4 zu § 98 und Anm. 4 zu § 77.

9) Baumbach, Anm. a B zu § 98.

Grunde ist nach Satz 2 daselbst der Staatsanwaltschaft ein Zivilklagerecht auf Erfüllung des Gebotes gegeben. Der Gesetzgeber hat also hier an die Zulässigkeit eines Verfahrens der streitigen Gerichtsbarkeit gedacht. Indessen hat die Erste Durchführungsverordnung zum AGes v. 29. September 1937 aus Zweckmäßigkeitsgründen [10]) an Stelle der Zivilklage das Spruchverfahren [11]), ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, angeordnet. Nach § 10 dieser Verordnung finden auf das Verfahren vor den Spruchstellen die Vorschriften des FGG sinngemäße Anwendung. Spruchstelle des ersten Rechtszuges ist eine Zivilkammer des Landgerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, Spruchstelle des zweiten Rechtszuges ein Zivilsenat des Oberlandesgerichts, Spruchstelle des dritten Rechtszuges ein Zivilsenat des Reichsgerichts.

Zur Stellung des Antrages auf Entscheidung der Spruchstelle ist nur die Staatsanwaltschaft [12]) befugt. Der Gefolgschaft selbst steht kein klagbarer Anspruch auf Verhinderung der Gewinnauszahlung oder auf Beteiligung am Gewinn oder auf Aufwendungen zu ihren Gunsten zu [13]). Die Staatsanwaltschaft kann den Antrag nur innerhalb eines Jahres stellen, seitdem der Geschäftsbericht, der die beanstandete Gewinnbeteiligung ausweist, zum Handelsregister eingereicht wurde (§ 11 ErstDurchfVO). Eine laufende Ueberwachung der Aktiengesellschaften liegt der Staatsanwaltschaft nicht ob; das wäre eine außergewöhnlich große Arbeit, da ja zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Gewinnbeteiligung des Aufsichtsrats zu den freiwilligen sozialen Leistungen der AG eine Prüfung der gesamten Verhältnisse der Gesellschaft nötig wäre. Ebensowenig liegt dem Registerrichter von Amts wegen eine Prüfung der Einhaltung des Gebotes des § 98, Abs. 4 ob [14]). Die Staatsanwaltschaft braucht erst dann tätig zu werden, wenn sie auf die Gesetzesüberschreitung auf-

10) Schlegelberger, Ergänzungsband zu AGes, Anm. 1 zu § 10 der Ersten Durchführungsverordnung.

11) Es kann daher nicht mehr von „Zivilklage" gesprochen werden, wie Sterner, JW 1937, S. 2813 es tut.

12) Die Anweisungen für die Staatsanwaltschaft sind in der Allgemeinen Verfügung des Reichsjustizministers vom 3. Dezember 1937 enthalten (DJ 1937, S. 1908).

13) Sterner, JW 1937, S. 2813.

14) Schlegelberger, Erg.Bd. z. AGes, Anm. 2 zu § 11 ErstDurchfVO.

merksam gemacht wird, wozu in erster Linie der Treuhänder der Arbeit berufen ist.

Für die Staatsanwaltschaft liegt hier ein gänzlich neuartiges Betätigungsgebiet vor. Es ist schwer, die Angemessenheit zu beurteilen. Amtsgerichtsrat Herbig, Referent im Reichsjustizministerium, hat auf der Treuhandtagung am 1. Oktober 1937 geäußert, der Staat werde in der Frage der sozialen Ausrichtung des Aktienrechts nicht mit sich spaßen lassen.

Die Spruchstelle hat außer der Staatsanwaltschaft die Gesellschaft und die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder zu beteiligen, deren Gewinnbeteiligung beanstandet wird (§ 12 ErstDurchfVO). Ob eine mündliche Verhandlung stattfinden soll, liegt im freien Ermessen der Spruchstelle, ebenso, ob sie die Beteiligten oder einige von ihnen zu der mündlichen Verhandlung hinzuziehen will. Es steht in ihrem Belieben, ob sie den Treuhänder der Arbeit oder das Finanzamt oder sonstige Stellen hören will. Beschwerdeberechtigt sind jedoch nur die Staatsanwaltschaft, die Gesellschaft und die beteiligten Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Es findet gegen die Entscheidung der Spruchstelle des ersten Rechtszuges die sofortige Beschwerde, gegen die Entscheidung der Spruchstelle des zweiten Rechtszuges die sofortige weitere Beschwerde statt (§ 14 ErstDurchfVO).

Ist die Gewinnbeteiligung unangemessen, so setzt die Spruchstelle den Betrag fest, den der Empfänger der Gesellschaft zurückgewähren muß. Die Gesellschaft ist verpflichtet, den Betrag zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienen, zu verwenden (§ 13 ErstDurchfVO). Aus der rechtskräftigen Entscheidung kann die Gesellschaft nach den Vorschriften der ZPO vollstrecken. Die Staatsanwaltschaft hat die Durchführung der Entscheidung zu überwachen (§ 15 ErstDurchfVO). Von der Vollstreckungsmöglichkeit wird die Gesellschaft nötigenfalls Gebrauch machen müssen, denn sie muß ja den zurückzugewährenden Betrag zu Sozialleistungen verwenden. Die Staatsanwaltschaft hat Aufklärungen und Nachweise darüber zu verlangen, ob die festgesetzten Beträge zurückgewährt und bestimmungsgemäß verwandt wurden [15]).

Nur der Höhe nach erschien es geboten, eine gesetzliche

15) Schlegelberger, ErgBd. z. AGes Anm. 2 und 3 zu § 15 ErstDurchVO

Schranke zu ziehen. Im übrigen erschien dem Gesetzgeber eine weitere Bevormundung der AG nicht angemessen [16]). Sie ist auch in Anbetracht der so verschiedenen Lage der Gesellschaften nicht möglich. Bei der einen Gesellschaft braucht die Arbeitslast des Aufsichtsrats nur klein zu sein, bei einer anderen ist erhebliche Arbeit zu tun, insbesondere häufig seitens des Vorsitzers und zwar gerade dann, wenn das Unternehmen sich nicht in rosiger Lage befindet. Es wäre daher unrichtig gewesen, gesetzlich anzuordnen, daß der Aufsichtsrat immer nur auf Tantieme gestellt werde. Eine feste Vergütung muß zugelassen werden; sie wird selbst dann gezahlt, wenn mit Verlust gearbeitet wird.

Es könnte gerechtfertigt sein, einem „Sanierungsdirektor“ [17]) ein ziemlich hohes Gehalt zu gewähren, ebenso etwa dem Aufsichtsratsvorsitzer während der Sanierung. Obgleich die Gesellschaft gegenwärtig mit Unterbilanz arbeitet, so wären u. U. solche festen Gehälter noch tragbar, wenn die Aussicht besteht, eine Sanierung herbeizuführen.

§ 21. Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder.

Das AGes stellt hinsichtlich der Verantwortlichkeit die Aufsichtsratsmitglieder vollkommen den Vorstandsmitgliedern gleich. Der § 99 bestimmt: „Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 84 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.“ Auch nach HGB war diese Gleichstellung im großen und ganzen vorhanden (vgl. §§ 241 und 249 HGB); ein Unterschied bestand insofern, als in den in § 241, Abs. 3 HGB aufgezählten Sonderfällen das Vorstandsmitglied schon dann haftete, wenn es eine Fahrlässigkeit traf, während das Aufsichtsratsmitglied nur dann haftete, wenn die gesetzwidrige Handlung mit seinem Wissen geschah und es nicht eingeschritten war, also nicht bei bloß fahrlässigem Verhalten [18]).

16) Kißkalt, ZAkad, 1935, S. 253.

17) Vgl. Zeitlmann, Der Vorstand der AG, Junger Rechtsgelehrter, 13. Jahrg. (1937), S. 319.

18) Brodmann, Anm. 1 zu § 249.

Vergleichen wir nun den § 84 AGes mit § 241 HGB, so muß festgestellt werden, daß die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder und somit auch die der Aufsichtsratsmitglieder *verschärft* worden ist. Das geschah aus dem Grunde, daß die *Machtstellung des Vorstandes* im neuen Gesetz eine *erhebliche Steigerung* erfahren hat. Dieser gehobeneren Stellung mußte eine erhöhte Verantwortlichkeit entsprechen. Während der Ausarbeitung des AGes war von manchen Seiten sogar vorgeschlagen worden, das Erfolgshaftungsprinzip einzuführen, die Vorstandsmitglieder also für den Erfolg der Geschäftsführung ohne Verschulden haften zu lassen [19]). Dieser Gedanke wurde jedoch in den Beratungen der Akademie für Deutsches Recht abgelehnt, da er zu ungerechten Ergebnissen führen würde; es würde die Verantwortungsfreudigkeit erheblich herabgemindert und dem Vorstande jeder Mut zur Tat genommen worden sein [20]). Es würde ja ein Vorstandsmitglied — und ebenso immer auch ein Aufsichtsratsmitglied — bei Mißerfolgen, die allein in einem Konjunkturumschwung ihre Ursache haben, auch dann verantwortlich sein, wenn es sich bestens bemüht hätte, einen Zusammenbruch der Gesellschaft abzuwenden.

Die Verschärfung des neuen Rechts besteht zunächst darin, daß in § 84, Abs. 2, Satz 2 der in der Rechtsprechung bereits entwickelte Gedanke, daß bei Schadensersatzprozessen die Vorstandsmitglieder nachzuweisen haben, daß sie ihre Sorgfaltspflicht nicht verletzt haben, der Kläger also nicht das Gegenteil zu beweisen braucht, gesetzlich verankert worden ist [21]). Es ist dies der sogenannte *Prima-facie-Beweis*. Zur Abwendung der Ersatzpflicht müssen also auch die Aufsichtsratsmitglieder nachweisen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Im praktischen Rechtsleben spielt die Verteilung der Beweislast eine große Rolle: „Beweislast ist halber Prozeßverlust". Es handelt sich also hierbei um eine erhebliche Verschärfung. Sie tritt nicht nur bei der Haftung der Gesellschaft gegenüber ein, sondern auch bei der Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft (§ 84, Abs. 5, Satz 2).

19) Danielcik, Anm. 4 zu § 84.
20) Amtl. Begründung zu § 84.
21) Amtl. Begründung zu § 84; vgl. dazu Staub, Anm. 2 zu § 241.

Nach den §§ 249 und 241 HGB hatten die Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder bei Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes" anzuwenden. Wenn es nun in § 84 heißt, daß die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters"[22]) anzuwenden haben, so ist das insofern eine Verschärfung der Sorgfaltspflicht und somit der Verantwortung, als an einen Geschäftsleiter höhere Anforderungen gestellt werden, als an einen Geschäftsmann. Der letztere hat eine Sorgfaltspflicht — wenigstens nach der Vorstellung der liberalen Zeitepoche — im wesentlichen nur sich selbst gegenüber, er denkt nur an das Wohl seines eigenen Geschäfts. Eine solche Sorgfaltspflicht kann für die Leiter einer AG nicht ausreichend sein. In § 70, der überschrieben ist „Leitung der Aktiengesellschaft", wird vom Vorstand verlangt, daß er nicht nur das Wohl des Betriebes, sondern auch das seiner Gefolgschaft und den gemeinen Nutzen von Volk und Reich im Auge zu halten hat. In dieser Vorschrift liegt eine entscheidende Neugestaltung des Aktienrechts. Hinzu kommt, daß der Geschäftsmann, also etwa ein Einzelkaufmann, nur sein eigenes Vermögen verwaltet, daß dagegen der Vorstand und der Aufsichtsrat Treuhänder und Verwalter fremden Kapitals sind[23]). Es konnte daher nicht mehr die an einen Geschäftsmann zu stellende Sorgfalt genügen, sondern es mußte die schärfere Haftung eines Geschäftsleiters an deren Stelle treten.

„Sinngemäß" ist nach § 99 der § 84 auf die Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden. Diese sind nun aber nicht Geschäftsleiter, sondern in erster Linie Ueberwacher und Prüfer. Man wird daher für sie den § 84 so zu lesen haben, daß sie die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Ueberwachers und Prüfers[24]) anzuwenden haben und zwar nicht bloß die eines Ueberwachers und Prüfers über einen Geschäftsmann, sondern über einen Geschäftsleiter.

Endlich ist noch in einer dritten Beziehung eine Verschärfung

22) Nach Art. 722 des Schweizer Obligationenrechts hat die Verwaltung die Geschäfte der Gesellschaft „mit aller Sorgfalt" zu leiten (neu).

23) Schlegelberger, Anm. 1 zu § 70 und Anm. 1 zu § 84.

24) Baumbach, einzige Anm. zu § 99.

der Haftung eingetreten und zwar, soweit es sich um die Verantwortlichkeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unmittelbar handelt. Nach § 241, Abs. 4 HGB, stand den Gläubigern nur in gewissen Sonderfällen, nämlich nur in den in Abs. 3 aufgeführten, ein selbständiges Klagerecht zu. Nach § 84, Abs. 5 können nunmehr die Gläubiger stets, also nicht mehr bloß in den in Abs. 3 angeführten Fällen gesetzwidriger Minderung des Gesellschaftsvermögens, den Ersatzanspruch geltend machen, vorausgesetzt, daß sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Eine Abschwächung der Verantwortlichkeit liegt allerdings darin, daß in anderen Fällen, als denen des § 84, Abs. 3, die Gläubiger den Ersatzanspruch nur dann geltend machen können, wenn die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben (§ 84, Abs. 5, Satz 2); sie haften also dann nicht für leichte Fahrlässigkeit[25]) und brauchen also nicht zu beweisen, daß sie keine leichte Fahrlässigkeit trifft.

Hingewiesen werden soll noch darauf, daß das HGB keine ausdrückliche Vorschrift über die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder enthielt, obgleich sie natürlich immer schon bestand. Nunmehr bringt § 84, Abs. 1, Satz 2 die neue Vorschrift, daß sie über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren haben.

Neu eingefügt ist auch die Vorschrift des § 101, der die Rechtsgrundlage für eine besondere aktienrechtliche Schadensersatzpflicht bringt. Es hatten sich die Fälle gemehrt, in denen versucht wurde, auf Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates Einfluß zu nehmen, um unter Ausnutzung dieses Einflusses zum Schaden der Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen. Der § 826 BGB reichte nicht aus, um derartige Machenschaften zu verhindern[26]). Es besteht eine Gefahr, daß Beeinflussungsversuche gerade solchen Personen gegenüber begangen werden, die mit fremdem Kapital wirtschaften. Die AG bedarf daher in dieser Beziehung eines be-

25) Baumbach, Anm. 6 A zu § 84.
26) Amtl. Begründung zu den §§ 100 und 101.

sonderen Schutzes. Es bestimmt § 101, daß derjenige, welcher zu dem Zwecke, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist, und daß neben ihm als Gesamtschuldner die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates haften, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten (§§ 84, 99) gehandelt haben. Die Ersatzpflicht besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser keine Befriedigung erhalten können (§ 101, Abs. 5).

Abschließend ist zu sagen, daß der Gesetzgeber alles getan hat, die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder in weitgehendem Maße festzulegen. Ihre Aufsichtspflicht steht hinsichtlich der Sorgfalt und Verantwortlichkeit auf derselben Stufe wie die Leitung der Gesellschaft durch die Vorstandsmitglieder.

Schluß

§ 22. Ausblick.

Es sind verhältnismäßig wenige Neuerungen, die das AGes für den Aufsichtsrat gebracht hat. Die Beschränkung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder und die Beschränkung der Vereinigung von Aufsichtsratsstellen in einer Hand war bereits durch die Aktienrechtsnovelle von 1931 in Angriff genommen worden. Nicht allzuschwer ins Gewicht fallend ist die gesetzliche Beschränkung der Teilnahme der Aufsichtsratsmitglieder an der Gewinnausschüttung. Als einzige wesentliche Neuerung bleibt der Ausschluß des Aufsichtsrates von der Geschäftsführung, so daß im allgemeinen — hinsichtlich der Aufsichtsrats — die nationalsozialistische Gesetzgebung eine konservative Tendenz hat [1]).

Eine Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat würde dem nationalsozialistischen Führerprinzip widersprochen haben [2]). Ein großer Teil der Arbeit des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht stand unter dem leitenden Gesichtspunkt der Durchsetzung des Führerprinzips [3]). Die Meinungen, die zu diesem Thema geäußert wurden, sind recht schwankende. Auf der einen Seite verlangte man alleinige Führung der AG durch den Vorsitzenden des Vorstandes mit Alleinzeichnungsrecht. Auf der anderen wurde betont, daß das Führerprinzip in der AG bereits immer vorhanden gewesen [4]), ja daß es sogar in der Vergangenheit überspannt worden sei, da gegenüber der Allmacht des Konzernführers die Aufsichtsräte der einzelnen Konzerngliedgesellschaften eine klägliche Rolle gespielt hätten [5]).

1) Cunio, Zum Inkrafttreten des neuen deutschen AGes vom 1. Oktober 1937, HansRGZ, 37 A 361.

2) Kißkalt, im NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 1145.

3) Vgl. K. Fischer, Aktienreform und Konzernwesen in ZHR, 103. Jahrg. (1936), S. 16.

4) Kißkalt im NS-Handbuch, S. 1144; Bergmann, DJZ 1934, Sp. 372.

5) C. Fischer, ZHR, 103. Bd. (1936), S. 14.

Reichsbankpräsident Schacht warnte in seiner Rede vor der Vollversammlung der Akademie für Deutsches Recht am 30. November 1935 vor der Uebertragung politischer Begriffe auf das Wirtschaftsleben. Er führte aus, daß der Führer nicht ernannt werde, sondern durch Bewährung von selbst erstehe. Wirkliche Führerpersönlichkeiten könnten sich auch unter dem bisherigen Aktienrecht genügend Einfluß erringen, es brauche kein Aktiengesetz ihnen mehr Macht zu geben, als sie kraft ihrer Persönlichkeit schon von selbst hätten. Ein gesetzlicher Machtzuwachs würde nur dazu führen, Männer, die keine wirklichen Führereigenschaften besäßen, zum Mißbrauch ihrer Macht zu verleiten. Das Verantwortungsgefühl des Führers dürfe nicht durch die Gesetzgebung geschwächt werden, indem man dem Führer durch das Gesetz noch mehr Rechte gäbe, als wie er sich selbst erringe [6]).

Das Führerprinzip ist nur im politischen Leben angebracht, da dieses sich nach einer Weltanschauung ausrichtet. Zwischen Wirtschaftsführer und politischem Führer besteht ein grundlegender Unterschied. Beide dienen zwar dem Volke, aber während der politische Führer seine Aufgabe unmittelbar erfüllt, kann das der Wirtschaftsführer nur mittelbar tun, nämlich durch bestmögliche Führung des ihm anvertrauten Betriebes [7]). Freilich ist auch das Wirtschaftsleben nach einer Weltanschauung orientiert, aber die Arbeit des Tages hat sich zunächst nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu regeln. Bei der AG fallen Unternehmensbesitz und Unternehmensleitung auseinander. Der Aufsichtsrat ist das von den Besitzern, den Aktionären, beauftragte Vertrauensorgan. Es wird, so lange es nicht zu einem Strukturwandel unserer Wirtschaft kommt, nicht entbehrt werden können. Die Gesetzesverfasser haben daher den Anregungen auf seine gänzliche Abschaffung nicht stattgegeben, haben also nicht blindlings das Führerprinzip, wonach es erforderlich gewesen wäre, alle Macht dem Vorstande und zwar seinem Vorsitzer zu geben, für die Unternehmungsform der AG eingeführt. Sie haben nur den Aufsichtsrat von der Geschäftsführung

6) Voller Wortlaut der Rede in der Frankfurter Zeitung v. 1. 12. 1935.

7) Kißkalt im Nationalsozialistischen Handbuch S. 1143; vgl. weiter Bruns, Das „Wesen der Aktiengesellschaft" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Breslauer Diss. S. 80.

ausgeschlossen, aber auch dies nur grundsätzlich und zum Teil, denn man muß sich vor Augen halten, daß ja die Vorstandsmitglieder insofern von dem Aufsichtsrat abhängig sind, als sie von ihm berufen und abberufen werden, daß ferner nach § 95, Abs. 5, Satz 2 das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats für bestimmte Arten von Geschäften aufgestellt werden kann. Gerade wenn dies geschehen ist, wird der Vorstand in weitgehendem Maß vom Aufsichtsrat abhängig sein.

Skeptische Aeußerungen gehen dahin, daß es überhaupt unmöglich sei, eine Scheidung zwischen Leitung und Kontrolle durchzuführen [8]), daß bei wirklicher Scheidung die Aufsichtsratsmitglieder sich darauf beschränken müßten, zur Durchführung ihrer Kontrollaufgabe der Hauptversammlung von der Geschäftsführungsprüfung Kenntnis zu geben, womit ihre Tätigkeit auf die von Revisoren herabsinken würde.

Mit Recht ist der Gesetzgeber bei der Behandlung des Führerprinzips davon ausgegangen, daß die AG ein privatkapitalistisches Unternehmen ist, an dem sich zu beteiligen die Aktionäre durch Streben nach materiellem Gewinn veranlaßt werden [9]). Er hat daher der AG die demokratische Verfassung grundsätzlich belassen: die Hauptversammlung wählt den Aufsichtsrat und dieser bestellt den Vorstand [10]). Die Stellung des Vorstandes der Hauptversammlung gegenüber ist zwar verstärkt worden, aber gegenüber dem Aufsichtsrat ist die Stellung des Vorstandes wesentlich nicht geändert worden.

Der nationalsozialistische Staat geht in seinen Reformen etappenweise vor. Er vermeidet überstürzte Neuerungen. Es kann einmal die Zeit kommen, daß der Staat einen größeren Einfluß auf die Aktiengesellschaften nehmen wird, wie das ja auch schon seit längerer Zeit bereits bei Hypothekenbanken, Notenbanken und Versicherungsunternehmungen geschehen ist. Es kann sein, daß zur Bildung eines Reichsaktienamtes [11]) oder dazu geschritten werden wird, daß der Reichswirtschaftsminister die Wirtschaftsführer bestellt und abberuft [12]) usw. So weit ist es aber noch nicht.

8) R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, Bd. II, Abt. 1, S. 238, Anm. 15.
9) Freiherr von Godin in ZHR, 104. Bd. (1937), S. 266.
10) Vgl. Quassowski, DJ 1937, S. 18.
11) v. Gierke, § 37, IV, 4; P. Fischer, S. 140, 141.
12) Bergmann, DJZ 1934, Sp. 372.

Nach Aeußerung des Beauftragten des Führers in Wirtschaftsfragen Keppler im Jahre 1934 gibt es noch kein festumrissenes Wirtschaftsprogramm der Partei; nur in den Grundzügen liegt es fest. Es wird an der Praxis der nächsten Jahre zu beobachten sein, wie sich das AGes gerade hinsichtlich des Aufsichtsrates auswirkt. Danach werden die Entschlüsse für eine weitere Gesetzesentwicklung zu fassen sein.

Lebenslauf

Am 16. Mai 1914 wurde ich, Albert Schmidt, in Koblenz als Sohn des Hoteliers Christian Schmidt und seiner Ehefrau Antonie, geb. Vogt, geboren. Nach Besuch der Grundschulen in Memmingen und Bad Nauheim trat ich im Frühjahr 1924 in die Sexta des Reformrealgymnasiums in Bad Nauheim ein und bestand dort am 23. Februar 1933 die Reifeprüfung. Im Sommer-Semester 1933 begann ich Rechtswissenschaft zu studieren und besuchte je 2 Semester die Universitäten Gießen und München, sowie 1 Semester die Universität Frankfurt. An der Universität Tübingen setzte ich im Winter-Semester 1935/36 meine Studien fort. Am 22. September 1937 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung.